

العناية شرح الهداية

تأليف

الإمام العلامة الشيخ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي

المتوفى سنة ٧٨٦ هـ

وهو شرح على

الهداية شرح بداية المبتدي

في فروع الفقه الحنفي

لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

اعتنى به

أبو محروس عمرو بن محروس

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

القسمة - المزارعة - المساقاة - الذبائح - الأضحية - الكراهية
إحياء الموات - الأشربة - الرهن - الجنايات
المعاقل - الوصايا - الخنثى



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

العناية
شرح الهداية

Title: **AL-ᶜINĀYAH ŠARḤ AL-HIDĀYAH**
(A book in Hanafi jurisprudence)

Author: Al-šayḫ Akmaluddīn al-Bābarti

Editor: ᶜAmr ben Maḥrūs

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 3792 (6 volumes)

Year: 2007

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: العناية شرح الهداية

المؤلف: الشيخ أكمل الدين البابرتي الحنفي

المحقق: عمرو بن محروس

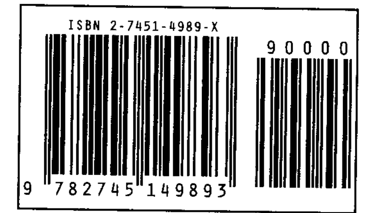
الناشر: دار الكتب العلميـــة – بيروت

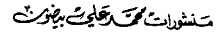
عدد الصفحات: 3792 (6 أجزاء)

سنة الطباعة: 2007 م

بلد الطباعة: لبنـــان

الطبعة: الأولى







دار الكتب العلمية بيروت لبنان

الطبعة الأولى
٢٠٠٧ م-١٤٢٨ هـ

منشورات محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ (١ ٩٦١)

فرع عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
هاتف: ١٢/ ١١/ ٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+ ص.ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+ رياض الصلح - بيروت ٢٢٩٠ ١١٠٧

http://www.al-ilmiyah.com
e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسمِ اللهِ الرَّحمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ القِسمَةِ

القِسمَةُ فِي الأعيَانِ المُشتَرَكَةِ مَشرُوعَةٌ، لأنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَاشَرَهَا فِي المَغَانِمِ وَالمَوَارِيثِ، وَجَرَى التَّوَارُثُ بِهَا مِن غَيرِ نَكِيرٍ، ثُمَّ هِيَ لا تَعرَى عَن مَعنَى المُبَادَلَةِ لأنَّ مَا يَجتَمِعُ لأحَدِهِمَا بَعضُهُ كَانَ لَهُ وَبَعضُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ فَهُوَ يَأخُذُهُ عِوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِن حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَكَانَ مُبَادَلَةً وَإِفرَازًا، وَالإِفرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلاتِ وَالمَوزُونَاتِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، حَتَّى كَانَ لأحَدِهِمَا أَن يَأخُذَ نَصِيبَهُ حَالَ غَيبَةِ صَاحِبِهِ، وَلَو اشتَرَيَاهُ فَاقتَسَمَاهُ يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بِنِصفِ الثَّمَنِ، وَمَعنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ حَتَّى لا يَكُونَ لأحَدِهِمَا أَخذُ نَصِيبِهِ عِندَ غَيبَةِ الآخَرِ. وَلَو اشتَرَيَاهُ فَاقتَسَمَاهُ لا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعدَ القِسمَةِ، إلا أَنَّهَا إِذَا كَانَت مِن جِنسٍ وَاحِدٍ أَجبَرَ القَاضِي عَلَى القِسمَةِ عِندَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لأنَّ فِيهِ مَعنَى الإِفرَازِ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ وَالمُبَادَلَةُ مِمَّا يَجرِي فِيهِ الجَبرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّينِ، وَهَذَا لأنَّ أَحَدَهُم بِطَلَبِ القِسمَةِ يَسأَلُ القَاضِيَ أَن يَخُصَّهُ بِالانتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ وَيَمنَعَ الغَيرَ عَن الانتِفَاعِ بِمِلكِهِ، فَيَجِبَ عَلَى القَاضِي إِجَابَتُهُ وَإِن كَانَت أَجنَاسًا مُختَلِفَةً لا يُجبِرُ القَاضِي عَلَى قِسمَتِهَا لِتَعَذُّرِ المُعَادَلَةِ بِاعتِبَارِ فُحشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ، وَلَو تَرَاضَوا عَلَيهَا جَازَ لأنَّ الحَقَّ لَهُم.

قَالَ (وَيَنبَغِي لِلقَاضِي أَن يُنَصِّبَ قَاسِمًا يَرزُقُهُ مِن بَيتِ المَالِ لِيَقسِمَ بَينَ النَّاسِ بِغَيرِ أَجرٍ) لأنَّ القِسمَةَ مِن جِنسِ عَمَلِ القَضَاءِ مِن حَيثُ إِنَّهُ يَتِمُّ بِهِ قَطعُ المُنَازَعَةِ فَأَشبَهَ رِزقَ القَاضِي، وَلأنَّ مَنفَعَةَ نَصبِ القَاسِمِ تَعُمُّ العَامَّةَ فَتَكُونَ كِفَايَتُهُ فِي مَالِهِم غُرمًا بِالغُنمِ قَالَ (فَإِن لَم يَفعَل نَصَّبَ قَاسِمًا يَقسِمُ بِالأجرِ) مَعنَاهُ بِأَجرٍ عَلَى المُتَقَاسِمِينَ، لأنَّ النَّفعَ لَهُم عَلَى الخُصُوصِ، وَبِقَدرِ أَجرِ مِثلِهِ كَي لا يَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ، وَالأفضَلُ أَن يَرزُقَهُ مِن بَيتِ المَالِ لأنَّهُ أَرفَقُ بِالنَّاسِ وَأَبعَدُ عَن التُّهمَةِ.

الشرح:

(كِتَابُ القِسمَةِ): أَوْرَدَ القِسْمَةَ عَقِيبَ الشُّفْعَةِ لأَنَّ كُلاًّ مِنْهُمَا مِنْ نَتَائِجِ النَّصِيبِ الشَّائِعِ، فَإِنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا أَرَادَ الافْتِرَاقَ مَعَ بَقَاءِ مِلكِهِ طَلَبَ القِسْمَةَ، وَمَعَ عَدَمِهِ بَاعَ وَوَجَبَ عِنْدَهُ الشُّفْعَةُ. وَقَدَّمَ الشُّفْعَةَ لأَنَّ بَقَاءَ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ أَصْلٌ. وَهِيَ فِي

اللُّغَة: اسْمٌ للاقْتِسَامِ كَالقُدْوَةِ للاقْتِدَاءِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَمْعُ النَّصِيبِ الشَّائِعِ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ. وَسَبَبُهَا طَلَبُ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ الانْتِفَاعَ بِنَصِيبِهِ عَلَى الخُلُوصِ. وَرُكْنُهَا مَا يَحْصُلُ بِهِ الإِفْرَازُ وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ النَّصِيبَيْنِ كَالكَيْلِ فِي المَكِيلاتِ وَالوَزْنِ فِي المَوْزُونَاتِ وَالذَّرْعِ فِي المَذْرُوعَاتِ وَالعَدِّ فِي المَعْدُودَاتِ. وَشَرْطُهَا أَنْ لا تَفُوتَ مَنْفَعَتُهُ بِالقِسْمَةِ، وَلِهَذَا لا يُقْسَمُ الحَائِطُ وَالحَمَّامُ وَنَحْوُهُمَا، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ فِي الأَعْيَانِ المُشْتَرَكَةِ لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَاشَرَهَا فِي المَغَانِمِ وَالمَوَارِيثِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَجَرَى التَّوَارُثُ بِهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ.

ثُمَّ هِيَ لا تَعْرَى عَنْ مَعْنَى المُبَادَلَةِ سَوَاءٌ كَانَتْ فِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ أَوْ فِي غَيْرِ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ، لأَنَّ مَا يَجْتَمِعُ لأَحَدِهِمَا بَعْضُهُ كَانَ لَهُ وَبَعْضُهُ لِصَاحِبِهِ فَهُوَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَمَّا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَعَلَى هَذَا كَانَتْ القِسْمَةُ مُبَادَلَةً وَإِفْرَازًا، وَالمَعْنَى مِنَ الإِفْرَازِ هُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ بِعَيْنِ حَقِّهِ، وَالإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ، فَكَانَ كُلُّ مَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ مِثْلَ مَا تُرِكَ عَلَيْهِ بِيَقِينٍ فَأَخَذَ مِثْلَ الحَقِّ بِيَقِينٍ بِمَنْزِلَةِ أَخْذِ العَيْنِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ أَخْذَ المِثْلِ فِي القَرْضِ جُعِلَ كَأَخْذِ العَيْنِ فَجُعِلَ القَرْضُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ العَارِيَّةِ فَكَانَ الإِفْرَازُ فِيهَا أَظْهَرَ لا مَحَالَةَ، وَلِهَذَا كَانَ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ حَالَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ، وَلَوْ اشْتَرَيَاهُ وَاقْتَسَمَاهُ جَازَ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بِنِصْفِ الثَّمَنِ. وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ لِلتَّفَاوُتِ حَتَّى لا يَكُونَ لأَحَدِهِمَا أَخْذُ نَصِيبِهِ عِنْدَ غَيْبَةِ الآخَرِ. وَلَوْ اشْتَرَيَاهُ فَاقْتَسَمَاهُ لا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً بَعْدَ القِسْمَةِ.

وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ مَا يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَيْسَ بِمِثْلٍ لِمَا تُرِكَ عَلَى صَاحِبِهِ بِيَقِينٍ فَلَمْ يَكُنْ بِمَنْزِلَةِ أَخْذِ العَيْنِ حُكْمًا، وَلَمَّا اسْتَشْعَرَ أَنْ يُقَالَ: لَوْ كَانَ مَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ لَمَا أُجْبِرَ الآبِي عَلَى القِسْمَةِ فِي ذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ: إلا أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أُجْبِرَ القَاضِي عَلَى **القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ** لأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الإِفْرَازِ لِتَقَارُبِ المَقَاصِدِ، وَلا مُنَافَاةَ بَيْنَ الجَبْرِ وَالمُبَادَلَةِ لأَنَّهَا مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ، كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّ المَدْيُونَ يُجْبَرُ عَلَى القَضَاءِ مَعَ أَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَصَارَ مَا يُؤَدَّى بَدَلا عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ، وَهَذَا جَبْرٌ فِي المُبَادَلَةِ قَصْدًا وَقَدْ جَازَ فَلأَنْ يَجُوزَ بِلا قَصْدٍ إِلَيْهِ أَوْلَى، وَهَذَا لأَنَّ أَحَدَهُمْ يَطْلُبُ القِسْمَةَ يَسْأَلُ القَاضِيَ أَنْ يَخُصَّهُ بِالانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ

وَيمْنَعُ الغَيْرَ عَنْ الانْتِفَاعِ بملكه فَيَجبُ عَلَى القَاضِي إجَابَتُهُ، فَكَانَ القَصْدُ إِلَى الانْتِفَاعِ بنَصيبِهِ عَلَى الخُلُوصِ دُونَ الإِجْبَارِ عَلَى غَيْرِه؛ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ كَالإِبلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ لا يُجْبَرُ القَاضِي الآبي عَلَى قِسْمَتِهَا لتَعَذُّرِ المُعَادَلَة باعْتِبَارِ فُحْشِ التَّفَاوُتِ فِي المَقَاصِدِ، وَلَوْ تَرَاضَوْا عَلَى ذَلِكَ جَازَ لأَنَّ القِسْمَةَ فِي مُخْتَلِفِ الجِنْسِ مُبَادَلَةٌ كَالتِّجَارَةِ وَالتَّرَاضِي فِي التِّجَارَةِ شَرْطٌ بالنَّصِّ.

قَالَ (وَيَنْبَغِي لِلقَاضِي أَنْ يَنْصِبَ قَاسِمًا) كَلامُهُ وَاضِحٌ إلا مَا نُنَبِّهُ عَلَيْه. قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَرْفَقُ بالنَّاسِ وَأَبْعَدُ عَنْ التُّهْمَةِ) لأَنَّهُ مَتَى يَصِلُ إِلَيْهِ أَجْرُ عَمَله عَلَى كُلِّ حَالٍ لا يَميلُ بأَخْذِ الرِّشْوَةِ إِلَى البَعْضِ، وَيَجُوزُ **لِلقَاضِي أَنْ يَقْسِمَ بِنَفْسه** وَيَأْخُذَ عَلَى ذَلكَ مِنْ المُتَقَاسِمينَ أَجْرًا، لَكِنَّ الأَوْلَى أَنْ لا يَأْخُذَ، وَهَذَا لأَنَّ القِسْمَةَ لَيْسَتْ بقَضَاءٍ عَلَى الحَقِيقَةِ حَتَّى لا يُفْتَرَضَ عَلَى القَاضِي مُبَاشَرَتُهَا، وَإِنَّمَا الَّذِي يُفْتَرَضُ عَلَيْه جَبْرُ الآبِي عَلَى القِسْمَةِ، إلا أَنَّ لَهَا شَبَهًا بِالقَضَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُسْتَفَادُ بِولايَةِ القَضَاءِ، فَإِنَّ الأَجْنَبِيَّ لا يَقْدِرُ عَلَى الجَبْرِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لَيْسَتْ بِقَضَاءٍ جَازَ أَخْذُ الأَجْرِ عَلَيْهَا، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُشْبِهُ القَضَاءَ يُسْتَحَبُّ أَنْ لا يَأْخُذَ.

(وَيَجِبُ أَن يَكُونَ عَدلا مَأمُونًا عَالِمًا بِالقِسمَةِ) لأَنَّهُ مِن جِنسِ عَمَلِ القَضَاءِ، وَلأَنَّهُ لا بُدَّ مِن القُدرَةِ وَهِيَ بِالعِلمِ، وَمِن الاعتِمَادِ عَلَى قَولِهِ وَهُوَ بِالأَمَانَةِ (وَلا يُجبِرُ القَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ) مَعنَاهُ لا يُجبِرُهُم عَلَى أَن يَستَأجِرُوهُ لأَنَّهُ لا جَبرَ عَلَى العُقُودِ، وَلأَنَّهُ لَو تَعَيَّنَ لَتَحَكَّمَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى أَجرِ مِثلِهِ (وَلَو اصطَلَحُوا فَاقتَسَمُوا جَازَ، إلا إذَا كَانَ فِيهِم صَغِيرٌ فَيَحتَاجُ إلَى أَمرِ القَاضِي) لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُم عَلَيهِ (وَلا يَترُكُ القُسَّامَ يَشتَرِكُونَ) كَي لا تَصِيرَ الأُجرَةُ غَالِيَةً بِتَوَاكُلِهِم، وَعِندَ عَدَمِ الشَّرِكَةِ يَتَبَادَرُ كُلٌّ مِنهُم إلَيهِ خِيفَةَ الفَوتِ فَيُرَخِّصُ الأَجرَ قَالَ (وَأُجرَةُ القِسمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا عَلَى قَدرِ الأَنصِبَاءِ) لأَنَّهُ مُؤنَةُ المِلكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِهِ كَأُجرَةِ الكَيَّالِ وَالوَزَّانِ وَحَفرِ البِئرِ المُشتَرَكَةِ وَنَفَقَةِ المَملُوكِ المُشتَرَكِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الأَجرَ مُقَابَلٌ بِالتَّميِيزِ، وَأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ، وَرُبَّمَا يَصعُبُ الحِسَابُ بِالنَّظَرِ إلَى القَلِيلِ، وَقَد يَنعَكِسُ الأَمرُ فَيَتَعَذَّرَ اعتِبَارُهُ فَيَتَعَلَّقَ الحُكمُ بِأَصلِ التَّميِيزِ، بِخِلافِ حَفرِ البِئرِ لأَنَّ الأَجرَ مُقَابَلٌ بِنَقلِ التُّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ، وَالكَيلُ وَالوَزنُ إن كَانَ لِلقِسمَةِ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلافِ، وَإِن لَم يَكُن

للقِسمَة فَالأجرُ مُقَابَلٌ بِعمَل الكيل وَالوزنِ وَهُوَ يَتفَاوَتُ وَهُوَ العُذرُ لَو أُطلق وَلا يُفصِّلُ وَعَنهُ أَنَّهُ عَلَى الطَّالبِ دُونَ المُمتَنعِ لنَفعِهِ وَمَضَرَّةِ المُمتَنِع.

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِندَ القَاضِي وَفِي أَيدِيهِم دَارٌ أَو ضَيعَةٌ وَادَّعَوا أَنَّهُم وَرِثُوهَا عَن فُلانٍ لَم يَقسِمهَا القَاضِي عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ عَلَى مَوتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقسِمُهَا بِاعتِرَافِهِم، وَيَذكُرُ فِي كِتَابِ القِسمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَولِهِم وَإِن كَانَ المَالُ المُشتَرَكُ مَا سِوَى العَقَارِ وَادَّعَوا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا، وَلَو ادَّعَوا فِي العَقَارِ أَنَّهُم اشتَرَوهُ قَسَمَهُ بَينَهُم) لَهُمَا أَنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلكِ وَالإِقرَارَ أَمَارَةُ الصِّدقِ وَلا مُنَازِعَ لَهُم فَيَقسِمهُ بَينَهُم كَمَا فِي المَنقُولِ المَورُوثِ وَالعَقَارِ المُشتَرَى، وَهَذَا لأَنَّهُ لا مُنكِرَ وَلا بَيِّنَةَ إِلا عَلَى المُنكِرِ فَلا يُفِيدُ، إِلا أَنَّهُ يَذكُرُ فِي كِتَابِ القِسمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِإِقرَارِهِم لِيَقتَصِرَ عَلَيهِم وَلا يَتَعَدَّاهُم وَلَهُ أَن يَقسِمَ قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ إِذ التَّرِكَةُ مُبقَاةٌ عَلَى مِلكِهِ قَبلَ القِسمَةِ، حَتَّى لَو حَدَثَت الزِّيَادَةُ قَبلَهَا تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقضَى دُيُونُهُ مِنهَا، بِخِلافِ مَا بَعدَ القِسمَةِ، وَإِذَا كَانَت قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ فَالإِقرَارُ لَيسَ بِحُجَّةٍ عَلَيهِ فَلا بُدَّ مِن البَيِّنَةِ وَهُوَ مُفِيدٌ، لأَنَّ بَعضَ الوَرَثَةِ يَنتَصِبُ خَصمًا عَن المُورِثِ.

وَلا يَمتَنِعُ ذَلِكَ بِإِقرَارِهِ كَمَا فِي الوَارِثِ أَو الوَصِيِّ المُقِرِّ بِالدَّينِ فَإِنَّهُ يُقبَلُ البَيِّنَةُ عَلَيهِ مَعَ إِقرَارِهِ، بِخِلافِ المَنقُولِ لأَنَّ فِي القِسمَةِ نَظَرًا لِلحَاجَةِ إِلَى الحِفظِ أَمَّا العَقَارُ فَمُحصَنٌ بِنَفسِهِ، وَلأَنَّ المَنقُولَ مَضمُونٌ عَلَى مَن وَقَعَ فِي يَدِهِ، وَلا كَذَلِكَ العَقَارُ عِندَهُ، وَبِخِلافِ المُشتَرَى لأَنَّ المَبِيعَ لا يَبقَى عَلَى مِلكِ البَائِعِ وَإِن لَم يَقسِم فَلَم تَكُن القِسمَةُ قَضَاءً عَلَى الغَيرِ قَالَ (وَإِن ادَّعَوا المِلكَ وَلَم يَذكُرُوا كَيفَ انتَقَلَ إِلَيهِم قَسَمَهُ بَينَهُم) لأَنَّهُ لَيسَ فِي القِسمَةِ قَضَاءٌ عَلَى الغَيرِ، فَإِنَّهُم مَا أَقَرُّوا بِالمِلكِ لِغَيرِهِم قَالَ ﷺ: هَذِهِ رِوَايَةُ كِتَابِ القِسمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَدْلا مَأْمُونًا) ذَكَرَ الأَمَانَةَ بَعْدَ العَدَالَةِ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ لَوَازِمِهَا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ ظَاهِرِ الأَمَانَةِ (قَوْلُهُ وَلَوْ اصْطَلَحُوا فَاقْتَسَمُوا) يَعْنِي لَمْ يَرْفَعُوا الأَمْرَ إِلَى الحَاكِمِ بَل اقْتَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ بِاصْطِلاحِهِمْ، فَهُوَ جَائِزٌ لِمَا أَنَّ فِي القِسْمَةِ مَعْنَى المُعَاوَضَةِ فَتَثْبُتُ بِالتَّرَاضِي كَمَا فِي سَائِرِ المُعَاوَضَاتِ. وَقَوْلُهُ (كَأُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالوَزَّانِ وَحَفْرِ البِئْرِ

المُشْتَرَكَة) يَعْنِي إِذَا **اسْتَأْجَرُوا الكَيَّالَ لِيَفْعَلَ الكَيْلَ فِيمَا هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ فَالأُجْرَةُ** عَلَى قَدْرِ الأَنْصِبَاءِ، وَكَذَلِكَ الوَزَّانُ وَالحَافِرُ (وَقَوْلُهُ إِنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِالتَّمْيِيزِ، وَلأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ) تَحْقِيقُهُ أَنَّ القَاسِمَ لا يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِالمِسَاحَةِ وَمَدِّ الأَطْنَابِ وَالمَشْيِ عَلَى الحُدُودِ، لأَنَّهُ لَوْ اسْتَعَانَ فِي ذَلِكَ بِأَرْبَابِ المِلْكِ اسْتَوْجَبَ كَمَالَ الأَجْرِ إِذَا قَسَمَ بِنَفْسِهِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الأُجْرَةَ فِي مُقَابَلَةِ القِسْمَةِ، وَرُبَّمَا يَصْعُبُ الحِسَابُ بِالنَّظَرِ إِلَى القَلِيلِ لأَنَّ الحِسَابَ يَدُقُّ بِتَفَاوُتِ الأَنْصِبَاءِ وَيَزْدَادُ دِقَّةً بِقِلَّةِ الأَنْصِبَاءِ، فَلَعَلَّ تَمْيِيزَ نَصِيبِ صَاحِبِ القَلِيلِ أَشَقُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْسُرَ عَلَيْهِ تَمْيِيزُ نَصِيبِ صَاحِبِ الكَثِيرِ لِكُسُورٍ وَقَعَتْ فِيهِ فَيَتَعَذَّرُ اعْتِبَارُ الكَثْرَةِ وَالقِلَّةِ فَيَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بِأَصْلِ التَّمْيِيزِ، بِخِلافِ حَفْرِ البِئْرِ لأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِنَقْلِ التُّرَابِ وَهُوَ يَتَفَاوَتُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلقِسْمَةِ) بِأَنْ **اشْتَرَيَا مَكِيلا أَوْ مَوْزُونًا وَأَمَرَا إِنْسَانًا بِكَيْلِهِ لِيَصِيرَ الكُلُّ مَعْلُومَ القَدْرِ** (**فَالأَجْرُ** بِقَدْرِ الأَنْصِبَاءِ وَهُوَ العُذْرُ لَوْ أَطْلَقَ وَلا يَفْصِلُ) يَعْنِي لَوْ أَطْلَقَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الجَوَابِ، وَقَالَ: أُجْرَةُ الكَيَّالِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ سَوَاءٌ كَانَ الكَيْلُ لِلقِسْمَةِ أَوْ لا، فَالعُذْرُ لَهُ فِي ذَلِكَ هُوَ التَّفَاوُتُ لأَنَّ عَمَلَهُ فِي ذَلِكَ لِصَاحِبِ الكَثِيرِ أَكْثَرُ فَكَانَ أَصْعَبَ وَالأَجْرُ بِقَدْرِ العَمَلِ، بِخِلافِ القَسَّامِ فَإِنَّهُ قَدْ يَعْكِسُ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَفْصِلُ) تَأْكِيدٌ وَبَيَانٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْهُ) أَيْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ الأَجْرَ كُلَّهُ عَلَى الطَّالِبِ دُونَ المُمْتَنِعِ لِنَفْعِهِ وَمَضَرَّةِ المُمْتَنِعِ). قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ القَاضِي) إِلَخْ إِذَا **حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ القَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ مَالٌ وَطَلَبُوا قِسْمَتَهُ** فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَقَارًا أَوْ غَيْرَهُ، فَإِنْ كَانَ عَقَارًا فَأَمَّا إِنْ ادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهُ أَوْ اشْتَرَوْهُ أَوْ سَكَتُوا عَنْ كَيْفِيَّةِ الانْتِقَالِ إِلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ يَقْسِمْهُ القَاضِي حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ، وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالا: يَقْسِمُهُ بِاعْتِرَافِهِمْ) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَقَارٍ وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا. لَهُمَا أَنَّ **الامْتِنَاعَ عَنْ القِسْمَةِ** إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِشُبْهَةٍ فِي المِلْكِ أَوْ لِتُهْمَةٍ فِي دَعْوَاهُ أَوْ لِمُنَازِعٍ لِلمُدَّعِي فِي دَعْوَاهُ، وَلا شَيْءَ مِنْ ذَلِكَ بِمُتَحَقِّقٍ لأَنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ وَالإِقْرَارُ أَمَارَةُ الصِّدْقِ وَالفَرْضُ عَدَمُ المُنَازِعِ فَيَقْسِمُهُ بَيْنَهُمْ كَمَا فِي المَنْقُولِ المَوْرُوثِ وَالعَقَارِ المُشْتَرَى، وَطَلَبُ البَيِّنَةِ لَيْسَ بِلازِمٍ لأَنَّهَا

لا تَكُونُ إلا عَلَى مُنْكِرٍ وَلا مُنْكِرَ هَاهُنَا فَلا تُفِيدُ إلا أَنَّهُ يُذْكَرُ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ: أَيْ فِي الصَّكِّ الَّذِي يَكْتُبُهُ القَاضِي أَنَّهُ قَسَمَهُ بِاعْتِرَافِهِمْ لِئَلا يَكُونَ حُكْمُهُ مُتَعَدِّيًا إِلَى غَيْرِهِمْ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ القِسْمَةَ قَضَاءٌ عَلَى المَيِّتِ. إِذْ التَّرِكَةُ قَبْلَ القِسْمَةِ مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِهِ، حَتَّى لَوْ حَدَثَتْ الزِّيَادَةُ تَنْفُذُ وَصَايَاهُ فِيهَا وَتُقْضَى دُيُونُهُ مِنْهَا.

وَعَنْ هَذَا قَالُوا: إِذَا **أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لإِنْسَانٍ فَوَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ** تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِمَا بِقَدْرِ الثُّلُثِ كَأَنَّهُ أَوْصَى بِهِمَا، بِخِلافِ مَا بَعْدَ القِسْمَةِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُوصَى لَهُ، فَدَلَّ أَنَّ التَّرِكَةَ مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِ المَيِّتِ فَكَانَتْ القِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى المَيِّتِ فَلا بُدَّ لَهُ مِنْ حُجَّةٍ وَهِيَ إِمَّا إِقْرَارُ الوَرَثَةِ أَوْ بَيِّنَتُهُمْ، وَإِقْرَارُهُمْ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَى المَيِّتِ فَلا بُدَّ مِنْ البَيِّنَةِ.

وَقَوْلُهُ وَهُوَ مُفِيدٌ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا فَلا يُفِيدُ ذَلِكَ، لأَنَّ بَعْضَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا بِأَنْ يُجْعَلَ أَحَدُ الحَاضِرِينَ مُدَّعِيًا وَالآخَرُ مُدَّعًى عَلَيْهِ. فَإِنْ قِيلَ: كُلٌّ مِنْهُمَا مُقِرٌّ بِدَعْوَى صَاحِبِهِ وَالمُقِرُّ لا يَصْلُحُ خَصْمًا لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَلا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ: أَيْ كَوْنُهُ خَصْمًا بِسَبَبِ إِقْرَارِهِ لِجَوَازِ اجْتِمَاعِ الإِقْرَارِ مَعَ كَوْنِهِ خَصْمًا كَمَا فِي الوَارِثِ أَوْ الوَصِيِّ المُقِرِّ بِالدُّيُونِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُقْضَى عَلَيْهِمَا بِالبَيِّنَةِ بِدُيُونِ المَيِّتِ وَإِنْ كَانَا مُقِرَّيْنِ بِهَا، وَهَذَا لأَنَّ المُدَّعِيَ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ الدَّيْنِ فِي حَقِّهِمْ وَحَقِّ غَيْرِهِمْ، لأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ دَيْنُهُ ظَاهِرٌ وَدَيْنُ المُقَرِّ لَهُ بِإِقْرَارِ الوَرَثَةِ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ البَيِّنَةِ لِيَكُونَ حَقُّهُ فِي جَمِيعِ مَالِ المَيِّتِ وَيَلْزَمُ ذَلِكَ جَمِيعَ الوَرَثَةِ وَلا يَثْبُتُ ذَلِكَ إلا بِالبَيِّنَةِ (قَوْلُهُ بِخِلافِ المَنْقُولِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا فِي المَنْقُولِ المَوْرُوثِ، وَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا قَوْلُهُ لأَنَّ فِي القِسْمَةِ نَظَرًا إلخ. وَالثَّانِي أَنَّ المَنْقُولَ مَضْمُونٌ عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ بَعْدَ القِسْمَةِ وَفِي القِسْمَةِ جَعَلَهُ مَضْمُونًا، وَفِي ذَلِكَ نَظَرٌ لِلْمَيِّتِ، بِخِلافِ العَقَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ لا يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَى مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ عِنْدَهُ (وَبِخِلافِ المُشْتَرِي) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَالعَقَارُ المُشْتَرَى عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ الأُصُولِ أَنَّ القَاضِيَ لا يَقْسِمُهُ بَيْنَهُمْ وَسَوَّى بَيْنَ الشِّرَاءِ وَالمِيرَاثِ.

وَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ المَبِيعَ بَعْدَ العَقْدِ لا يَبْقَى عَلَى مِلْكِ البَائِعِ وَإِنْ لَمْ يُقْسَمْ فَلَمْ تَكُنْ القِسْمَةُ قَضَاءً عَلَى الغَيْرِ (قَوْلُهُ وَإِنْ ادَّعَوْا المِلْكَ) هَذَا هُوَ القِسْمُ الثَّالِثُ المَوْعُودُ وَمَعْنَاهُ ظَاهِرٌ. قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (هَذِهِ) يَعْنِي القِسْمَةَ فِيمَا بَيْنَهُمْ

مِنْ غَيْرِ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ (رِوَايَةُ كِتَابِ القِسْمَةِ) وَأَعَادَ لَفْظَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لأَنَّهُ يُفِيدُ أَنَّهُ لا يُقْسَمُ حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ لاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَا فِي أَيْدِيهِمَا مِلْكًا لِغَيْرِهِمَا فَإِنَّهُمَا لَمَّا لَمْ يَذْكُرَا السَّبَبَ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مِيرَاثًا فَيَكُونُ مِلْكًا لِلغَيْرِ وَأَنْ يَكُونَ مُشْتَرًى فَيَكُونُ مِلْكًا لَهُمَا، لأَنَّ الأَصْلَ أَنْ تَكُونَ الأَمْلاكُ فِي يَدِ مُلاكِهَا فَلا تُقْسَمُ احْتِيَاطًا.

قِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً، وَعِنْدَهُمَا تُقْسَمُ بَيْنَهُمَا لأَنَّهُمَا يُقْسَمَانِ فِي المِيرَاثِ بِلا بَيِّنَةٍ فَفِي هَذَا أَوْلَى. وَقِيلَ قَوْلُ الكُلِّ وَهُوَ الأَصَحُّ، لأَنَّ القِسْمَةَ نَوْعَانِ: قِسْمَةٌ لِحَقِّ المِلْكِ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ، وَقِسْمَةٌ لِحَقِّ الدَّارِ لأَجْلِ الحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ. وَالثَّانِي فِي العَقَارِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فَتَعَيَّنَ قِسْمَةُ المِلْكِ، وَقِسْمَةُ المِلْكِ تَفْتَقِرُ إِلَى قِيَامِ المِلْكِ، وَلا مِلْكَ بِدُونِ البَيِّنَةِ فَامْتَنَعَ الجَوَازُ.

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرضٌ ادَّعَاهَا رَجُلانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيدِيهِمَا وَأَرَادَا القِسمَةَ لَم يَقسِمهَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُمَا) لاحتِمَالِ أَن يَكُونَ لِغَيرِهِمَا ثُمَّ قِيلَ هُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقِيلَ قَولُ الكُلِّ، وَهُوَ الأَصَحُّ لأَنَّ قِسمَةَ الحِفظِ فِي العَقَارِ غَيرُ مُحتَاجٍ إِلَيهِ، وَقِسمَةُ المِلكِ تَفتَقِرُ إِلَى قِيَامِهِ وَلا مِلكَ فَامتَنَعَ الجَوَازُ قَالَ (وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى الوَفَاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ وَالدَّارُ فِي أَيدِيهِم وَمَعَهُم وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا القَاضِي بِطَلَبِ الحَاضِرِينَ وَيُنَصِّبُ وَكِيلا يَقبِضُ نَصِيبَ الغَائِبِ، وَكَذَا لَو كَانَ مَكَانَ الغَائِبِ صَبِيٌّ يَقسِمُ وَيُنَصِّبُ وَصِيًّا يَقبِضُ نَصِيبَهُ) لأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلغَائِبِ وَالصَّغِيرِ، وَلا بُدَّ مِن إِقَامَةِ البَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عِندَهُ أَيضًا خِلافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرنَا مِن قَبلُ (وَلَو كَانُوا مُشتَرِينَ لَم يَقسِم مَعَ غَيبَةِ أَحَدِهِم) وَالفَرقُ أَن مِلكَ الوَارِثِ مِلكُ خِلافَةٍ حَتَّى يُرَدَّ بِالعَيبِ وَيُرَدُّ عَلَيهِ بِالعَيبِ فِيمَا اشتَرَاهُ المُورِثُ أَو بَاعَ وَيَصِيرُ مَغرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ فَانتَصَبَ أَحَدُهُمَا خَصمًا عَنِ المَيِّتِ فِيمَا فِي يَدِهِ وَالآخَرُ عَن نَفسِهِ فَصَارَت القِسمَةُ قَضَاءً بِحَضرَةِ المُتَخَاصِمِينَ. أَمَّا المِلكُ الثَّابِتُ بِالشِّرَاءِ مِلكٌ مُبتَدَأٌ وَلِهَذَا لا يُرَدُّ بِالعَيبِ عَلَى بَائِعِ بَائِعِهِ فَلا يَصلُحُ الحَاضِرُ خَصمًا عَنِ الغَائِبِ فَوَضَحَ الفَرقُ.

(وَإِن كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَو شَيءٍ مِنهُ لَم يُقسَم، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ مُودِعِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الصَّغِيرِ) لأَنَّ القِسمَةَ قَضَاءٌ عَلَى الغَائِبِ وَالصَّغِيرِ

بِاستِحقَاقِ يَدِهِمَا مِن غَيرِ خَصمٍ حَاضِرٍ عَنهُمَا، وَأَمِينُ الخَصمِ لَيسَ بِخَصمٍ عَنهُ فِيمَا يَستَحِقُّ عَلَيهِ، وَالقَضَاءُ مِن غَيرِ الخَصمِ لا يَجُوزُ. وَلا فَرقَ فِي هَذَا الفَصل بَينَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا أُطلِقَ فِي الكِتَابِ.

قَالَ (وَإِن حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَم يَقسِم وَإِن أَقَامَ البَيِّنَةَ) لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن حُضُورِ خَصمَينِ، لأَنَّ الوَاحِدَ لا يَصلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا، وَكَذَا مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ الحَاضِرُ اثنَينِ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَلَو كَانَ الحَاضِرُ كَبِيرًا وَصَغِيرًا نَصَبَ القَاضِي عَن الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَقَسَمَ إِذَا أُقِيمَت البَيِّنَةُ، وَكَذَا إِذَا حَضَرَ وَارِثٌ كَبِيرٌ وَمُوصًى لَهُ بِالثُّلُثِ فِيهَا وَطَلَبَا القِسمَةَ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ يَقسِمُهُ) لاجتِمَاعِ الخَصمَينِ الكَبِيرِ عَن المَيِّتِ وَالمُوصَى لَهُ عَن نَفسِهِ، وَكَذَا الوَصِيُّ عَن الصَّبِيِّ كَأَنَّهُ حَضَرَ بِنَفسِهِ بَعدَ البُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثَان وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى الوَفَاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ وَالدَّارُ فِي **أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ** قَسَمَهَا القَاضِي بِطَلَبِ الحَاضِرِينَ وَيَنْصِبُ لِلغَائِبِ وَكِيلا يَقْبِض نَصِيبِهِ) قِيلَ قَوْلُهُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ وَقَعَ سَهْوًا مِنْ النَّاسِخِ، وَالصَّحِيحُ فِي أَيْدِيهِمَا، لأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمْ لَكَانَ البَعْضُ فِي يَدِ الغَائِبِ ضَرُورَةً، وَقَدْ ذُكِرَ بَعْدَ هَذَا فِي الكِتَابِ وَإِنْ كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يُقْسَمْ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَطْلَقَ الجَمْعَ وَأَرَادَ المُثَنَّى بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ وَارِثَان وَأَقَامَا لَكِنَّهُ مُلتَبِسٌ (وَكَذَا لَوْ كَانَ مَكَانَ الغَائِبِ صَبِيٌّ يُقْسَمُ وَيَنْصِبُ وَصِيًّا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ لأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلغَائِبِ وَالصَّبِيِّ) لِظُهُورِ نَصِيبِهِمَا بِمَا فِي يَدِ الغَيْرِ (وَلا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهُمَا صَبِيٌّ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) كَمَا إِذَا كَانَ مَعَهُمَا غَائِبٌ (خِلافًا لَهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ لَمْ يَقْسِمْهَا القَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ. وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ (وَلَوْ كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يُقْسَمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ) وَإِنْ أَقَامُوا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ وَذَكَرَ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا وَهُوَ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُوَرِّثِ) صُورَتُهُ: **اشْتَرَى المُورِثُ**

جَارِيَةً وَمَاتَ وَاسْتَوْلَدَهَا الوَارِثُ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ يَكُونُ الوَلَدُ حُرًّا بِالقِيمَةِ وَيَرْجِعُ الوَارِثُ بِهَا عَلَى البَائِعِ كَالمُوَرِّثِ (وَقَوْلُهُ وَلا فَرْقَ فِي هَذَا الفَصْلِ بَيْنَ إقَامَةِ البَيِّنَةِ وَعَدَمِهَا) يَعْنِي فِيمَا إذَا كَانَ العَقَارُ فِي يَدِ الوَارِثِ الغَائِبِ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا أُطْلِقَ فِي الكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلَهُ لَمْ يُقْسَمْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَذْكُرَ إقَامَةَ البَيِّنَةِ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ وَإِنْ كَانَ شَيْءٌ مِنْ العَقَارِ فِي يَدِ الصَّغِيرِ أَوْ الغَائِبِ لَمْ أَقْسِمْهَا بِإِقْرَارِ الحُضُورِ حَتَّى تَقُومَ البَيِّنَةُ عَلَى أَصْلِ المِيرَاثِ، لأَنَّ فِي هَذِهِ القِسْمَةِ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ وَالصَّغِيرِ بِإِخْرَاجِ شَيْءٍ مِمَّا كَانَ فِي يَدِهِ عَنْ يَدِهِ (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يُقْسَمْ وَإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ، لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ حُضُورِ خَصْمَيْنِ لأَنَّ الوَاحِدَ لا يَصْلُحُ مُخَاصِمًا وَمُخَاصَمًا) فَالحَاضِرُ إنْ كَانَ خَصْمًا عَنْ نَفْسِهِ فَلَيْسَ ثَمَّةَ خَصْمٌ عَنْ المَيِّتِ وَعَنْ الغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ خَصْمًا عَنْهُمَا فَمَا ثَمَّةَ مَنْ يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ لِيُقِيمَ البَيِّنَةَ بِذَلِكَ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ الحَاضِرُ اثْنَيْنِ، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

فَصلٌ فِيمَا يُقسَمُ وَمَا لا يُقسَمُ

قَالَ (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِن الشُّرَكَاءِ يَنتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِم) لأَنَّ القِسمَةَ حَقٌّ لازِمٌ فِيمَا يَحتَمِلُهَا عِندَ طَلَبِ أَحَدِهِم عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ (وَإِن كَانَ يَنتَفِعُ أَحَدُهُم وَيَستَضِرُّ بِهِ الآخَرُ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ، فَإِن طَلَبَ صَاحِبُ الكَثِيرِ قَسَمَ، وَإِن طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ لَم يَقسِم) لأَنَّ الأَوَّلَ يَنتَفِعُ بِهِ فَيُعتَبَرَ طَلَبُهُ، وَالثَّانِي مُتَعَنِّتٌ فِي طَلَبِهِ فَلَم يُعتَبَر وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَى قَلبِ هَذَا لأَنَّ صَاحِبَ الكَثِيرِ يُرِيدُ الإِضرَارَ بِغَيرِهِ وَالآخَرُ يَرضَى بِضَرَرِ نَفسِهِ وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي مُختَصَرِهِ أَنَّ أَيَّهمَا طَلَبَ القِسمَةَ يَقسِمُ القَاضِي، وَالوَجهُ اندَرَجَ فِيمَا ذَكَرنَاهُ وَالأَصَحُّ المَذكُورُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ الأَوَّلُ (وَإِن كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَستَضِرُّ لِصِغَرِهِ لَم يَقسِمهَا إلا بِتَرَاضِيهِمَا) لأَنَّ الجَبرَ عَلَى القِسمَةِ لِتَكمِيلِ المَنفَعَةِ، وَفِي هَذَا تَفوِيتُهَا، وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا لأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعرَفُ بِشَأنِهِمَا.

أَمَّا القَاضِي فَيَعتَمِدُ الظَّاهِرَ قَالَ (وَيُقسَمُ العُرُوض إذَا كَانَت مِن صِنفٍ وَاحِدٍ) لأَنَّ عِندَ اتِّحَادِ الجِنسِ يَتَّحِدُ المَقصُودُ فَيَحصُلَ التَّعدِيلُ فِي القِسمَةِ وَالتَّكمِيلُ فِي المَنفَعَةِ (وَلا يَقسِمُ الجِنسَينِ بَعضَهُمَا فِي بَعضٍ) لأَنَّهُ لا اختِلاطَ بَينَ الجِنسَينِ فَلا تَقَعُ القِسمَةُ

تَمييزًا بَل تَقَعُ مُعَاوَضَة، وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبرِ القَاضِي (وَيَقسِمُ كُلَّ مَكِيلٍ وَمَوزُونٍ كَثِيرٍ أَو قَلِيلٍ وَالمَعدُودِ المُتَقَارِبِ وَتِبرِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالحَدِيدِ وَالنُّحَاسِ وَالإِبِلِ بِانفِرَادِهَا وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ وَلا يَقسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا وَبِرذَونًا وَحِمَارًا وَلا يَقسِمُ الأَوَانِيَ) لأَنَّهَا بِاختِلافِ الصَّنعَةِ التَحقَت بِالأَجنَاسِ المُختَلِفَةِ (وَيَقسِمُ الثِّيَابَ الهَرَوِيَّةَ) لاتِّحَادِ الصِّنفِ (وَلا يَقسِمُ ثَوبًا وَاحِدًا) لاشتِمَالِ القِسمَةِ عَلَى الضَّرَرِ إِذ هِيَ لا تَتَحَقَّقُ إِلا بِالقَطعِ (وَلا ثَوبَينِ إِذَا اختَلَفَت قِيمَتُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلافِ ثَلاثَةِ أَثوَابٍ إِذَا جُعِلَ ثَوبٌ بِثَوبَينِ أَو ثَوبٌ وَرُبعُ ثَوبٍ بِثَوبٍ وَثَلاثَةِ أَربَاعِ ثَوبٍ لأَنَّهُ قِسمَةُ البَعضِ دُونَ البَعضِ وَذَلِكَ جَائِزٌ. (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لا يَقسِمُ الرَّقِيقَ وَالجَوَاهِرَ) لِتَفَاوُتِهِمَا (وَقَالا: يَقسِمُ الرَّقِيقَ) لاتِّحَادِ الجِنسِ كَمَا فِي الإِبِلِ وَالغَنَمِ وَرَقِيقِ المَغنَمِ وَلَهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ المَعَانِي البَاطِنَةِ فَصَارَ كَالجِنسِ المُختَلِفِ بِخِلافِ الحَيَوَانَاتِ لأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِندَ اتِّحَادِ الجِنسِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالأُنثَى مِن بَنِي آدَمَ جِنسَانِ وَمِنَ الحَيَوَانَاتِ جِنسٌ وَاحِدٌ، بِخِلافِ المَغَانِمِ لأَنَّ حَقَّ الغَانِمِينَ فِي المَالِيَّةِ حَتَّى كَانَ لِلإِمَامِ بَيعُهَا وَقِسمَةُ ثَمَنِهَا وَهُنَا يَتَعَلَّقُ بِالعَينِ وَالمَالِيَّةِ جَمِيعًا فَافتَرَقَا وَأَمَّا الجَوَاهِرُ فَقَد قِيلَ إِذَا اختَلَفَ الجِنسُ لا يَقسِمُ كَاللآلِئِ وَاليَوَاقِيتِ وَقِيلَ لا يَقسِمُ الكِبَارَ مِنهَا لِكَثرَةِ التَّفَاوُتِ، وَيَقسِمُ الصِّغَارَ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ. وَقِيلَ يَجرِي الجَوَابُ عَلَى إِطلاقِهِ لأَنَّ جَهَالَةَ الجَوَاهِرِ أَفحَشُ مِن جَهَالَةِ الرَّقِيقِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَو تَزَوَّجَ عَلَى لُؤلُؤَةٍ أَو يَاقُوتَةٍ أَو خَالَعَ عَلَيهَا لا تَصِحُّ التَّسمِيَةُ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى عَبدٍ فَأَولَى أَن لا يُجبَرَ عَلَى القِسمَةِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِيمَا يُقْسَمُ وَمَا لا يُقْسَمُ): لَمَّا تَنَوَّعَتْ مَسَائِلُ القِسْمَةِ إِلَى مَا يُقْسَمُ وَمَا لا يُقْسَمُ بَيَّنَهُمَا فَقَالَ (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ إلَخ) إذَا طَلَبَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ القِسْمَةَ فَإِمَّا أَنْ يَنْتَفِعَ كُلٌّ بِنَصِيبِهِ أَوْ بَعْضُهُمْ أَوْ لا يَنْتَفِعُ مِنْهُمْ أَحَدٌ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ قَسَمَ القَاضِي بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ جَبْرًا عَلَى مَنْ أَبَى (لأَنَّ القِسْمَةَ حَقٌّ لازِمٌ فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أُجْبِرَ القَاضِي عَلَى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ لأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الإِفْرَازِ لِتَفَاوُتِ المَقَاصِدِ وَالمُبَادَلَةُ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ كَقَضَاءِ الدَّيْنِ إِلَى آخِرِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِنْ طَلَبَ

صَاحِبُ الكَثِيرِ قُسِمَ، وَإِنْ **طَلَبَ صَاحِبُ القَلِيلِ** لَمْ يُقْسَمْ لِمَا ذَكَرَهُ مِنْ الفَرْقِ فِي الكِتَابِ.

وَذَكَرَ الجَصَّاصُ عَلَى قَلبِ هَذَا وَهُوَ أَنْ يَطْلُبَ صَاحِبُ القَلِيلِ القِسْمَةَ وَيَأْبَى صَاحِبُ الكَثِيرِ وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ (وَذَكَرَ الحَاكِمُ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّ أَيَّهُمَا طَلَبَ القِسْمَةَ يَقْسِمُ القَاضِي وَالوَجْهُ انْدَرَجَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ) لأَنَّ دَلِيلَ القَوْلِ الأَوَّلِ دَلِيلُ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ، وَدَلِيلُ قَوْلِ الجَصَّاصِ دَلِيلُ الجَانِبِ الآخَرِ (وَالأَصَحُّ هُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ) أَيْ القُدُورِيِّ (وَهُوَ الأَوَّلُ) لأَنَّ رِضَا صَاحِبِ القَلِيلِ بِالتِزَامِ الضَّرَرِ لا يَلزَمُ القَاضِي شَيْئًا وَإِنَّمَا المُلزَمُ طَلَبُ الإِنْصَافِ مِنْ القَاضِي وَإِيصَالُهُ إِلَى مَنْفَعَةٍ، وَذَلِكَ لا يُوجَدُ عِنْدَ طَلَبِ صَاحِبِ القَلِيلِ (وَإِنْ كَانَ) الثَّالِثُ بِأَنْ كَانَ المُشْتَرَكُ بَيْنَهُمَا بَيْتًا صَغِيرًا (يَسْتَضِرُّ) كُلٌّ مِنْهُمَا بِالقِسْمَةِ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا القِسْمَةَ لَمْ يَقْسِمْهَا إلا بِتَرَاضِيهِمَا لأَنَّ الجَبْرَ عَلَى القِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَفِي هَذَا تَفْوِيتُهَا، وَتَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا لأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا وَهُمَا أَعْرَفُ بِشَأْنِهِمَا أَمَّا القَاضِي فَيَعْتَمِدُ الظَّاهِرَ وَيَقْسِمُ **العُرُوضَ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ**) كَالثِّيَابِ مَثَلا: يَعْنِي بِهِ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، لأَنَّ فِي حَقِّ التَّرَاضِي لا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الصِّنْفِ (لأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِهِ يَتَّحِدُ المَقْصُودُ فَيَحْصُلُ التَّعْدِيلُ فِي القِسْمَةِ وَالتَّكْمِيلُ فِي المَنْفَعَةِ، وَلا يَقْسِمُ الجِنْسَيْنِ بَعْضَهُمَا فِي بَعْضٍ لِعَدَمِ الاخْتِلاطِ بَيْنَ الجِنْسَيْنِ فَلا تَقَعُ القِسْمَةُ تَمْيِيزًا بَل تَقَعُ مُعَاوَضَةً وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي دُونَ جَبْرِ القَاضِي). وَقَوْلُهُ (**وَيُقْسَمُ القَاضِي كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ** إلَخْ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (**وَلا يَقْسِمُ شَاةً وَبَعِيرًا**) يَعْنِي لا يُقْسَمُ جَبْرًا فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ قِسْمَةَ جَمْعٍ بِأَنْ يَجْمَعَ نَصِيبَ أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي الشَّاةِ خَاصَّةً وَنَصِيبُ الآخَرِ فِي البَعِيرِ خَاصَّةً، بَل يَقْسِمُ الشَّاةَ بَيْنَهُمْ جَمِيعًا عَلَى مَا يَسْتَحِقُّونَ مِنْهَا، وَكَذَلِكَ فِي البَعِيرِ وَغَيْرِهِ وَالأَوَانِي المُتَّخَذَةِ مِنْ أَصْلٍ وَاحِدٍ كَالإِجَّانَةِ وَالقُمْقُمِ وَالطَّشْتِ المُتَّخَذَةِ مِنْ صُفْرٍ مُلحَقَةٌ بِمُخْتَلِفَةِ الجِنْسِ فَلا يَقْسِمُهَا القَاضِي جَبْرًا، وَكَذَلِكَ الأَثْوَابُ المُتَّخَذَةُ مِنْ القُطْنِ أَوْ الكَتَّانِ إِذَا اخْتَلَفَتْ بِالصَّنْعَةِ كَالقَبَاءِ وَالجُبَّةِ وَالقَمِيصِ (وَيَقْسِمُ **الثِّيَابَ الهَرَوِيَّةَ** لاتِّحَادِ الصِّنْفِ، **وَلا يَقْسِمُ ثَوْبًا وَاحِدًا** لاشْتِمَالِ القِسْمَةِ عَلَى الضَّرَرِ) بِسَبَبِ القَطْعِ لأَنَّ فِيهِ إِتْلافَ جُزْءٍ فَلا يَفْعَلُهُ القَاضِي مَعَ كَرَاهَةِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ.

فَإِنْ رَضِيَا بِذَلِكَ قَسَمَهُ بَيْنَهُمَا (وَلا ثَوْبَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ بَل تَقَعُ مُعَاوَضَةً وَسَبِيلُهَا التَّرَاضِي. وَوَجْهُ الْمُعَاوَضَةِ أَنَّ التَّعْدِيلَ بَيْنَهُمَا لا يُمْكِنُ إِلا بِزِيَادَةِ دَرَاهِمَ مَعَ الأَوْكَسِ، وَالدَّرَاهِمُ لَمْ تَكُنْ مُشْتَرَكَةً فَتَرِدُ عَلَيْهَا القِسْمَةُ فَكَانَ مُعَاوَضَةً (بِخِلافِ ثَلاثَةِ أَثْوَابٍ إِذَا دَخَلَ ثَوْبٌ بِثَوْبَيْنِ) يَعْنِي إِذَا **كَانَ قِيمَةُ الثَّوْبِ الوَاحِدِ مِثْلَ قِيمَةِ الثَّوْبَيْنِ وَأَرَادَ أَحَدُهُمَا القِسْمَةَ وَأَبَى الآخَرُ** يَقْسِمُ القَاضِي بَيْنَهُمَا وَيُعْطِي أَحَدَهُمَا ثَوْبًا وَالآخَرَ ثَوْبَيْنِ (وَكَذَا إِنْ اسْتَقَامَ أَنْ يَجْعَلَ ثَوْبَ أَحَدِ القِسْمَيْنِ ثَوْبًا وَرُبُعَ ثَوْبٍ وَالآخَرُ ثَوْبًا وَثَلاثَةَ أَرْبَاعِ ثَوْبٍ) فَإِنَّهُ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا وَيُتْرَكُ الثَّوْبُ الثَّالِثُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا عَلَى ذَلِكَ الوَجْهِ (لأَنَّهُ قِسْمَةُ البَعْضِ دُونَ البَعْضِ وَذَلِكَ جَائِزٌ) لأَنَّهُ تَيَسَّرَ عَلَيْهِ التَّمْيِيزُ فِي بَعْضِ الْمُشْتَرَكِ، وَلَوْ تَيَسَّرَ ذَلِكَ فِي الكُلِّ قَسَمَ الكُلَّ عِنْدَ طَلَبِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ فَكَذَلِكَ فِي البَعْضِ، وَمَا ثَمَّةَ مُعَاوَضَةٌ تَحْتَاجُ إِلَى التَّرَاضِي.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَقْسِمُ الرَّقِيقَ وَالجَوَاهِرَ لِتَفَاوُتِهِمَا) **الرَّقِيقُ إِذَا كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا القِسْمَةَ** فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّقِيقُ مَعَ شَيْءٍ آخَرَ يَصِحُّ فِيهِ القِسْمَةُ جَبْرًا كَالغَنَمِ وَالثِّيَابِ أَوْ لا يَكُونَ، فَإِنْ كَانَ فَالأَصَحُّ القِسْمَةُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا عَلَى الأَظْهَرِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيُجْعَلُ الَّذِي مَعَ الرَّقِيقِ أَصْلا فِي القِسْمَةِ جَبْرًا وَيُجْعَلُ الرَّقِيقُ تَابِعًا لَهُ فِي القِسْمَةِ، وَقَدْ يَثْبُتُ الحُكْمُ لِشَيْءٍ تَبَعًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَصْدًا كَالشِّرْبِ فِي البَيْعِ وَالْمَنْقُولاتِ فِي الوَقْفِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا لا يُقْسَمُ إِلا بِرِضَاهُمَا، وَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا لا يَقْسِمُ القَاضِي بَيْنَهُمَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلا يُجْبِرُهُمَا عَلَى ذَلِكَ.

وَقَالَ صَاحِبَاهُ: يُجْبِرُهُمَا عَلَى القِسْمَةِ لاتِّحَادِ الجِنْسِ كَمَا فِي الإِبِلِ وَالغَنَمِ وَرَقِيقِ الْمَغْنَمِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الآدَمِيِّ فَاحِشٌ لِتَفَاوُتِ الْمَعَانِي البَاطِنَةِ كَالذِّهْنِ وَالكِيَاسَةِ، لأَنَّ مِنْ العَبِيدِ مَنْ يَصْلُحُ لِلأَمَانَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَصْلُحُ لِلتِّجَارَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَصْلُحُ لِلفُرُوسِيَّةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَمَتَى جَمَعَ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي وَاحِدٍ فَإِنَّهُ سَائِرُ الْمَنَافِعِ فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قِسْمَةً وَإِفْرَازًا، بِخِلافِ الحَيَوَانَاتِ لأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ وَمِنْ سَائِرِ الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ (بِخِلافِ الْمَغَانِمِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَرَقِيقُ الْمَغْنَمِ، وَذَلِكَ (لأَنَّ حَقَّ

الغَانمينَ فِي المَالِيَّة حَتَّى كَانَ لِلإمَامِ بَيْعُهَا وَقِسْمَةُ ثَمَنِهَا، وَهَاهُنَا يَتَعَلَّقُ بِالعَيْنِ وَالمَالِيَّة فَافْتَرَقَا) فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَ أَوْ خَالَعَ عَلَى عَبْدٍ صَحَّ فَصَارَ كَسَائِرِ الحَيَوَانَاتِ فَلْيَكُنْ فِي القِسْمَةِ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ القِسْمَةَ تَحْتَاجُ إِلَى الإِفْرَازِ وَلا يَتَحَقَّقُ فِي القِسْمَةِ، بِخِلافِ مَا ذَكَرْتُمْ فَإِنَّهُ لا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ (قَوْلُهُ وَأَمَّا الجَوَاهِرُ إِلَخْ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَلا يُقسَمُ حَمَّامٌ وَلا بِئرٌ وَلا رَحًى إلا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ، وَكَذَا الحَائِطُ بَينَ الدَّارَينِ) لأَنَّهَا تَشتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ فِي الطَّرَفَينِ، إذ لا يَبقَى كُلُّ نَصِيبٍ مُنتَفَعًا بِهِ انتِفَاعًا مَقصُودًا فَلا يَقسِمُ القَاضِي بِخِلافِ التَّرَاضِي لِمَا بَيَّنَّا قَالَ (وَإِذَا كَانَت دُورٌ مُشتَرَكَةً فِي مِصرٍ وَاحِدٍ قَسَمَ كُلَّ دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إن كَانَ الأَصلَحُ لَهُم قِسمَةَ بَعضِهَا فِي بَعضٍ قَسَمَهَا) وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الأَقرِحَةُ المُتَفَرِّقَةُ المُشتَرَكَةُ لَهُمَا أَنَّهَا جِنسٌ وَاحِدٌ اسمًا وَصُورَةً، وَنَظَرًا إِلَى أَصلِ السُّكنَى أَجنَاسٌ مَعنًى نَظَرًا إِلَى اختِلافِ المَقَاصِدِ، وَوُجُوهِ السُّكنَى فَيُفَوَّضُ التَّرجِيحُ إِلَى القَاضِي وَلَهُ أَنَّ الاعتِبَارَ لِلمَعنَى وَهُوَ المَقصُودُ، وَيَختَلِفُ ذَلِكَ بِاختِلافِ البُلدَانِ وَالمَحَالِّ وَالجِيرَانِ وَالقُربِ إِلَى المَسجِدِ وَالمَاءِ اختِلافًا فَاحِشًا فَلا يُمكِنُ التَّعدِيلُ فِي القِسمَةِ وَلِهَذَا لا يَجُوزُ التَّوكِيلُ بِشِرَاءِ دَارٍ، وَكَذَا لَو تَزَوَّجَ عَلَى دَارٍ لا تَصِحُّ التَّسمِيَةُ كَمَا هُوَ الحُكمُ فِيهِمَا فِي الثَّوبِ بِخِلافِ الدَّارِ الوَاحِدَةِ إذَا اختَلَفَت بُيُوتُهَا، لأَنَّ فِي قِسمَةِ كُلِّ بَيتٍ عَلَى حِدَةٍ ضَرَرًا فَقُسِمَت الدَّارُ قِسمَةً وَاحِدَةً قَالَ ﷺ: تَقيِيدُ الوَضعِ فِي الكِتَابِ إشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الدَّارَينِ إذَا كَانَتَا فِي مِصرَينِ لا تَجتَمِعَانِ فِي القِسمَةِ عِندَهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةُ هِلالٍ عَنهُمَا وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقسَمُ إحدَاهُمَا فِي الأُخرَى وَالبُيُوتُ فِي مُحَلَّةٍ أَو مَحَالٍ تُقسَمُ قِسمَةً وَاحِدَةً لأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا بَينَهَا يَسِيرٌ، وَالمَنَازِلُ المُتَلازِقَةُ كَالبُيُوتِ وَالمُتَبَايِنَةُ كَالدُّورِ لأَنَّهُ بَينَ الدَّارِ وَالبَيتِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبلُ فَأَخَذَ شَبَهًا مِن كُلٍّ وَاحِدٍ.

قَالَ (وَإِن كَانَت دَارٌ وَضَيعَةٌ أَو دَارٌ وَحَانُوتٌ قُسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى حِدَةٍ) لاختِلافِ الجِنسِ. قَالَ ﷺ: جَعَلَ الدَّارَ وَالحَانُوتَ جِنسَينِ، وَكَذَا ذَكَرَ الخَصَّافُ وَقَالَ فِي إجَارَاتِ الأَصلِ: إنَّ إجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالحَانُوتِ لا تَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا جِنسٌ وَاحِدٌ، فَيُجعَلُ فِي المَسأَلَةِ رِوَايَتَانِ أَو تُبنَى حُرمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ عَلَى شُبهَةِ المُجَانَسَةِ

الشرح:

قَالَ (وَلا يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلا بِئْرٌ وَلا رَحًى) وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الجَبْرَ فِي القِسْمَةِ

إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا بِأَنْ يَبْقَى نَصِيبُ كُلٍّ مِنْهُمَا بَعْدَ القِسْمَةِ مُنْتَفَعًا بِهِ انْتِفَاعَ ذَلِكَ الجِنْسِ، وَفِي **قِسْمَةِ البِئْرِ وَالحَمَّامِ وَالرَّحَى** ضَرَرٌ لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا فَلا يُقْسَمُ إِلا بِالتَّرَاضِي. وَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ قَالَ: القَاضِي لا يَقْسِمُ عِنْدَ الضَّرَرِ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْصَبْ مُتْلِفًا، لَكِنْ لَوْ اقْتَسَمَ لَمْ يَمْنَعْهُمَا عَنْ ذَلِكَ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ هَذَا الفَصْلِ بِقَوْلِهِ وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ يَسْتَضِرُّ لِصِغَرِهِ لَمْ يَقْسِمْهَا إِلا بِتَرَاضِيهِمَا (قَوْلُهُ وَإِذَا **كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةٌ**) هَاهُنَا ثَلاثَةُ فُصُولٍ: الدُّورُ، وَالبُيُوتُ، وَالمَنَازِلُ. فَالدُّورُ مُتَلازِقَةً كَانَتْ أَوْ مُتَفَرِّقَةً لا تُقْسَمُ عِنْدَهُ قِسْمَةً وَاحِدَةً إِلا بِالتَّرَاضِي، وَالبُيُوتُ تُقْسَمُ مُطْلَقًا لِتَقَارُبِهَا فِي مَعْنَى السُّكْنَى، وَالمَنَازِلُ إِنْ كَانَتْ مُجْتَمِعَةً فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ مُتَلازِقًا بَعْضُهَا بِبَعْضٍ قُسِمَتْ قِسْمَةً وَاحِدَةً وَإِلا فَلا سَوَاءٌ كَانَتْ فِي مَحَالٍّ أَوْ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ بَعْضُهَا فِي أَدْنَاهَا وَبَعْضُهَا فِي أَقْصَاهَا، لِأَنَّ المَنْزِلَ فَوْقَ البَيْتِ دُونَ الدَّارِ فَالمَنَازِلُ تَتَفَاوَتُ فِي مَعْنَى السُّكْنَى، وَلَكِنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا دُونَ التَّفَاوُتِ فِي الدُّورِ فَهِيَ تُشْبِهُ البُيُوتَ مِنْ وَجْهٍ وَالدُّورَ مِنْ وَجْهٍ، فَلِشَبَهِهَا بِالبُيُوتِ قُلْنَا إِذَا كَانَتْ مُتَلازِقَةً تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً، لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَقِلُّ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ، وَلِشَبَهِهَا بِالدُّورِ قُلْنَا: إِذَا كَانَتْ فِي أَمْكِنَةٍ مُتَفَرِّقَةٍ لا تُقْسَمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً، وَهُمَا فِي الفُصُولِ كُلِّهَا يَقُولانِ: يَنْظُرُ القَاضِي إِلَى أَعْدَلِ الوُجُوهِ فَيُمْضِي القِسْمَةَ عَلَى ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ) يَعْنِي فِي بَابِ الحُقُوقِ مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَتْ **دَارٌ وَضَيْعَةٌ أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ** إِلَخْ) وَاضِحٌ إِلا مَا نَذْكُرُهُ، إِنَّمَا خَصَّ الخَصَّافَ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ لَمْ تُذْكَرْ فِي كِتَابِ مُحَمَّدٍ وَلا ذَكَرَهَا الطَّحَاوِيُّ وَلا الكَرْخِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (**إِنَّ إِجَارَةَ مَنَافِعِ الدَّارِ بِالحَانُوتِ**) أَيْ بِمَنَافِعِ الحَانُوتِ، لِأَنَّهُ لَوْ جَعَلَ نَفْسَ الحَانُوتِ أُجْرَةً لِمَنَافِعِ الدَّارِ صَحَّ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ تُبْنَى حُرْمَةُ الرِّبَا هُنَالِكَ) أَيْ فِي إِجَارَاتِ الأَصْلِ (عَلَى شُبْهَةِ المُجَانَسَةِ) يَعْنِي إِنْ كَانَتْ مَنَافِعُ الدَّارِ وَمَنَافِعُ الحَانُوتِ مُخْتَلِفَةً رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ تَحْمِلُ حُرْمَةَ الرِّبَا هُنَالِكَ عَلَى شُبْهَةِ المُجَانَسَةِ بَيْنَ مَنَافِعِ الدَّارِ وَالحَانُوتِ لِاتِّحَادِ أَصْلِ السُّكْنَى المَقْصُودِ مِنْهُمَا. وَاسْتَشْكَلَ كَلامُهُ هَذَا لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى اعْتِبَارِ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، فَإِنَّ الجِنْسَ إِذَا اتَّحَدَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ مُبَادَلَةِ الشَّيْءِ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً، وَبِالجِنْسِ يَحْرُمُ النَّسَاءُ عِنْدَنَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَفِي

ذَلكَ شُبْهَةُ الرِّبَا فَإِذَا اُعْتُبِرَتْ شُبْهَةُ الجِنْسِيَّةِ كَانَ ذَلكَ اعْتِبَارًا لشُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا.

وَقَدْ قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إمَّا أَنْ يَكُونَ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَان، أَوْ يَكُونَ مِنْ مُشْكِلاتِ هَذَا الكِتَابِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: لا إِشْكَالَ فِيهِ لأَنَّ المُرَادَ بِشُبْهَةِ المُجَانَسَةِ الشُّبْهَةَ الثَّابِتَةَ بِهَا لأَنَّهُ قَالَ جِنْسٌ وَاحِدٌ فَكَيْفَ يَقُولُ بِشُبْهَةِ المُجَانَسَةِ. وَوَجْهٌ آخَرُ فِي التَّوْفِيقِ أَنْ يُرَادَ بِاخْتِلافِ الجِنْسِ الاخْتِلافُ مِنْ حَيْثُ اخْتِلافِ الذَّاتِ، فَلا تَجُوزُ القِسْمَةُ الوَاحِدَةُ، وَبِاتِّحَادِهِ الاتِّحَادُ فِي المَنْفَعَةِ وَهِيَ السُّكْنَى فَتَمْتَنِعُ الإِجَارَةُ لِشُبْهَةِ الرِّبَا.

فَصلٌ فِي كَيفِيَّةِ القِسمَةِ

قَالَ (وَيَنبَغِي للقَاسِمِ أَن يُصَوِّرَ مَا يَقسِمُهُ) ليُمكِنَهُ حِفظُهُ (وَيعدِلَهُ) يَعنِي يُسَوِّيَهُ عَلَى سِهَامِ القِسمَةِ وَيُروَى يَعزِلَهُ: أَي يَقطَعَهُ بِالقِسمَةِ عَن غَيرِهِ (وَيَذرَعَهُ) لِيَعرِفَ قَدرَهُ (وَيُقَوِّمَ البِنَاءَ) لحَاجَتِهِ إِلَيهِ فِي الآخِرَةِ (وَيفرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ عَن البَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشُربِهِ حَتَّى لا يَكُونَ لنَصِيبِ بَعضِهِم بِنَصِيبِ الآخَرِ تَعَلُّقٌ) فَتَنقَطِعَ المُنَازَعَةُ وَيَتَحَقَّقَ مَعنَى القِسمَةِ عَلَى التَّمَامِ (ثُمَّ يُلَقِّبَ نَصِيبًا بِالأَوَّلِ، وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِثُ عَلَى هَذَا ثُمَّ يُخرِجَ القُرعَةَ، فَمَن خَرَجَ اسمُهُ أَوَّلا فَلَهُ السَّهمُ الأَوَّلُ، وَمَن خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السَّهمُ الثَّانِي) وَالأَصلُ أَن يَنظُرَ فِي ذَلكَ إِلَى أَقَلِّ الأَنصِبَاءِ، حَتَّى إِذَا كَانَ الأَقَلُّ ثُلُثًا جَعَلَهَا أَثلاثًا، وَإِن كَانَ سُدُسًا جَعَلَهَا أَسدَاسًا لتَمَكُّنِ القِسمَةِ، وَقَد شَرَحنَاهُ مُشبَعًا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى بِتَوفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ: وَيَفرِزَ كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشُربِهِ بَيَانُ الأَفضَلِ، فَإِن لَم يَفعَل أَو لَم يُمكِن جَازَ عَلَى مَا نَذكُرُهُ بِتَفصِيلِهِ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالقُرعَةُ لتَطيِيبِ القُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تُهمَةِ المَيلِ، حَتَّى لَو عَيَّنَ لكُلٍّ مِنهُم نَصِيبًا مِن غَيرِ إِقرَاعٍ جَازَ لأَنَّهُ فِي مَعنَى القَضَاءِ فَيَملِكُ الإِلزَامَ. قَالَ (وَلا يَدخُلُ فِي القِسمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إِلا بِتَرَاضِيهِم لأَنَّهُ لا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالقِسمَةُ مِن حُقُوقِ الاشتِرَاكِ)، وَلأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ التَّعدِيلُ فِي القِسمَةِ لأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَى عَينِ العَقَارِ وَدَرَاهِمُ الآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ وَلَعَلَّهَا لا تُسَلَّمُ لَهُ (وَإِذَا كَانَ أَرضٌ وَبِنَاءٌ؛ فَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقسِمُ كُلَّ ذَلكَ عَلَى اعتِبَارِ القِيمَةِ) لأَنَّهُ لا يُمكِنُ اعتِبَارُ المُعَادَلَةِ إِلا بِالتَّقوِيمِ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقسِمُ

الأرضَ بِالمَسَّاحَةِ لأَنَّهُ هُوَ الأصلُ فِي المَمسُوحَاتِ، ثُمَّ يَرُدُّ مَن وَقَعَ البِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ أَو مَن كَانَ نَصِيبُهُ أَجوَدَ دَرَاهِمَ عَلَى الآخَرِ حَتَّى يُسَاوِيَهُ فَتَدخُلَ الدَّرَاهِمُ فِي القِسمَةِ ضَرُورَةً كَالأَخِ لا وِلايَةَ لَهُ فِي المَالِ، ثُمَّ يَملِكُ تَسمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةَ التَّزوِيجِ وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ البِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِن العَرصَةِ، وَإِذَا بَقِيَ فَضلٌ وَلَم يُمكِن تَحقِيقُ التَّسوِيَةِ بِأَن كَانَ لا تَفِي العَرصَةُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يُرَدُّ لِلفَضلِ دَرَاهِمُ، لأَنَّ الضَّرُورَةَ فِي هَذَا القَدرِ فَلا يُترَكُ الأَصلُ إِلا بِهَا. وَهَذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الأَصلِ.

قَالَ (فَإِن قَسَمَ بَينَهُم وَلأَحَدِهِم مَسِيلٌ فِي نَصِيبِ الآخَرِ أَو طَرِيقٌ لَم يَشتَرِط فِي القِسمَةِ)، فَإِن أَمكَنَ صَرفُ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ عَنهُ لَيسَ لَهُ أَن يَستَطرِقَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ لأَنَّهُ أَمكَنَ تَحقِيقُ مَعنَى القِسمَةِ مِن غَيرِ ضَرَرٍ (وَإِن لَم يُمكِن فُسِخَت القِسمَةُ) لأَنَّ القِسمَةَ مُختَلَّةٌ لِبَقَاءِ الاختِلاطِ فَتُستَأنَفُ بِخِلافِ البَيعِ حَيثُ لا يَفسُدُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، لأَنَّ المَقصُودَ مِنهُ تَمَلُّكُ العَينِ، وَأَنَّهُ يُجَامِعُ تَعَذُّرُ الانتِفَاعِ فِي الحَالِ، أَمَّا القِسمَةُ لِتَكمِيلِ المَنفَعَةِ وَلا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلا بِالطَّرِيقِ، وَلَو ذَكَرَ الحُقُوقَ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ كَذَلِكَ الجَوَابُ، لأَنَّ مَعنَى القِسمَةِ الإِفرَازُ وَالتَّمييزُ، وَتَمَامُ ذَلِكَ بِأَن لا يَبقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الآخَرِ وَقَد أَمكَنَ تَحقِيقُهُ بِصَرفِ الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ إِلَى غَيرِهِ مِن غَيرِ ضَرَرٍ فَيُصَارُ إِلَيهِ، بِخِلافِ البَيعِ إِذَا ذُكِرَ فِيهِ الحُقُوقُ حَيثُ يَدخُلُ فِيهِ مَا كَانَ لَهُ مِن الطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ، لأَنَّهُ أَمكَنَ تَحقِيقُ مَعنَى البَيعِ وَهُوَ التَّملِيكُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا التَّعَلُّقِ بِمِلكِ غَيرِهِ وَفِي الوَجهِ الثَّانِي يَدخُلُ فِيهَا لأَنَّ القِسمَةَ لِتَكمِيلِ المَنفَعَةِ وَذَلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ فَيَدخُلَ عِندَ التَّنصِيصِ بِاعتِبَارِهِ، وَفِيهَا مَعنَى الإِفرَازِ وَذَلِكَ بِانقِطَاعِ التَّعَلُّقِ عَلَى مَا ذَكَرنَا، فَبِاعتِبَارِهِ لا يَدخُلُ مِن غَيرِ تَنصِيصٍ، بِخِلافِ الإِجَارَةِ حَيثُ يَدخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنصِيصِ، لأَنَّ كُلَّ المَقصُودِ الانتِفَاعُ وَذَلِكَ لا يَحصُلُ إِلا بِإِدخَالِ الشُّربِ وَالطَّرِيقِ فَيَدخُلُ مِن غَيرِ ذِكرٍ.

(وَلَو اختَلَفُوا فِي رَفعِ الطَّرِيقِ بَينَهُم فِي القِسمَةِ، إِن كَانَ يَستَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ قَسَمَ الحَاكِمُ مِن غَيرِ طَرِيقٍ يُرفَعُ لِجَمَاعَتِهِم) لِتَحَقُّقِ الإِفرَازِ بِالكُلِّيَّةِ دُونَهُ. (وَإِن كَانَ لا يَستَقِيمُ ذَلِكَ رَفَعَ طَرِيقًا بَينَ جَمَاعَتِهِم) لِيَتَحَقَّقَ تَكمِيلُ المَنفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ (وَلَو اختَلَفُوا فِي مِقدَارِهِ جُعِلَ عَلَى عَرضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ)

لأنَّ الحَاجَةَ تَندفِعُ بِهِ (وَالطَّرِيقُ عَلَى سِهَامِهِم كَمَا كَانَ قَبلَ القِسمَةِ) لأنَّ القِسمَةَ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ لا فِيهِ (وَلَو شَرَطُوا أَن يَكُونَ الطَّرِيقُ بَينَهُمَا أَثلاثًا جَازَ وَإِن كَانَ أَصلُ الدَّارِ نِصفَينِ) لأنَّ القِسمَةَ عَلَى التَّفَاضُلِ جَائِزَةٌ بِالتَّرَاضِي.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي كَيفِيَّةِ القِسمَةِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ مَا يُقْسَمُ وَمَا لا يُقْسَمُ بَيَّنَ **كَيْفِيَّةَ القِسْمَةِ** فِيمَا يُقْسَمُ لأَنَّ الكَيْفِيَّةَ صِفَةٌ فَتَتْبَعُ جَوَازَ أَصْلِ القِسْمَةِ الَّذِي هُوَ المَوْصُوفُ. قَالَ (وَيَنْبَغِي للقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) إِذَا شَرَعَ القَاسِمُ فِي القِسْمَةِ يَنْبَغِي أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ بِأَنْ يَكْتُبَ عَلَى كَاغِدَةٍ إِنَّ فُلانًا نَصِيبُهُ كَذَا وَفُلانًا نَصِيبُهُ كَذَا لِيُمْكِنَهُ حِفْظُهُ إِنْ أَرَادَ رَفْعَ تِلكَ الكَاغَدَةِ إِلَى القَاضِي لِيَتَوَلَّى الإِقْرَاعَ بَيْنَهُمْ بِنَفْسِه (وَيَعْدِلُهُ يَعْنِي يُسَوِّيه عَلَى سِهَامِ القِسْمَةِ، وَيُرْوَى يَعْزِلُهُ: أَيْ يَقْطَعُهُ بِالقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِه وَيَذْرَعُهُ لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ وَيُقَوِّمُ البِنَاءَ لِحَاجَتِه إِلَيْه فِي الآخِرَةِ) إِذْ البِنَاءُ يُقْسَمُ عَلَى حِدَةٍ، فَرُبَّمَا يَقَعُ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمْ شَيْءٌ مِنْهُ فَيَكُونُ عَالِمًا بِقِيمَتِهَا (وَيُفْرِزُ كُلَّ نَصِيبٍ عَنْ البَاقِي بِطَرِيقِه وَشِرْبِه) إِنْ أَمْكَنَ ذَلِكَ لِيَنْقَطِعَ النِّزَاعُ وَيَتِمَّ مَعْنَى القِسْمَةِ. (ثُمَّ يُلَقِّبُ نَصِيبًا بِالأَوَّلِ وَالَّذِي يَلِيه بِالثَّانِي وَالثَّالِثِ إِلَى أَنْ تَفْرُغَ السِّهَامُ وَيَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ وَيُخْرِجَ القُرْعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلا إِلَخْ).

قَالَ الإِمَامُ حَمِيدُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: صُورَتُهُ أَرْضٌ بَيْنَ جَمَاعَةٍ لأَحَدِهِمْ سُدُسُهَا وَللآخَرِ ثُلُثُهَا وَللآخَرِ نِصْفُهَا يَجْعَلُهَا سِتَّةَ أَسْهُمٍ، وَيُلَقِّبُ الجُزْءُ الأَوَّلُ بِالسَّهْمِ الأَوَّلِ وَالَّذِي يَلِيه بِالثَّانِي وَالثَّالِثُ عَلَى هَذَا، ثُمَّ يَكْتُبُ أَسْمَاءَهُمْ وَيَجْعَلُهَا قُرْعَةً ثُمَّ يُلقِيهَا فِي كُمِّهِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلا فَلَهُ السَّهْمُ الأَوَّلُ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ صَاحِبَ السُّدُسِ فَلَهُ الجُزْءُ الأَوَّلُ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الثُّلُثِ فَلَهُ الجُزْءُ الأَوَّلُ وَالَّذِي يَلِيه، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ النِّصْفِ فَلَهُ الجُزْءُ الأَوَّلُ وَاللَّذَانِ يَلِيَانِه.

قَوْلُهُ (وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَالقُرْعَةُ لِتَطْيِيبِ القُلُوبِ) جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ، وَالقِيَاسُ يَأْبَاهَا لأَنَّهُ تَعْلِيقُ الاسْتِحْقَاقِ بِخُرُوجِ القُرْعَةِ وَذَلِكَ قِمَارٌ وَلِهَذَا لَمْ تُجَوِّزْ عُلَمَاؤُنَا اسْتِعْمَالَهَا فِي دَعْوَى النَّسَبِ وَدَعْوَى المَالِ وَتَعْيِينِ المُطَلَّقَةِ، وَلَكِنْ تَرَكْنَاهَا هَاهُنَا بِالتَّعَامُلِ الظَّاهِرِ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ،

وَلَيْسَ فِي مَعْنَى القِمَارِ لأَنَّ أَصْلَ الاسْتِحْقَاقِ فِيهِ يَتَعَلَّقُ بِمَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ.

وَأَمَّا مَا نَحْنُ فِيهِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ، لأَنَّ **القَاسِمَ لَوْ قَالَ أَنَا عَدَلْت فِي القِسْمَةِ فَخُذْ أَنْتَ هَذَا الجَانِبَ وَأَنْتَ هَذَا الجَانِبَ** كَانَ مُسْتَقِيمًا، إلا أَنَّهُ رُبَّمَا يُتَّهَمُ فِي ذَلِكَ فَيَسْتَعْمِلُ القُرْعَةَ لِتَطْيِيبِ قُلُوبِ الشُّرَكَاءِ وَنَفْيِ تُهْمَةِ المَيْلِ عَنْ نَفْسِهِ وَذَلِكَ جَائِزٌ؛ أَلا تَرَى أَنَّ زَكَرِيَّا عَلَيْهِ السَّلامُ حَيْثُ اسْتَعْمَلَ القُرْعَةَ مَعَ الأَحْبَارِ فِي ضَمِّ مَرْيَمَ إِلَى نَفْسِهِ مَعَ عِلْمِهِ بِكَوْنِهِ أَحَقَّ بِهَا لِكَوْنِ خَالَتِهَا عِنْدَهُ تَطْيِيبًا لِقُلُوبِهِمْ. قَالَ (وَلا يَدْخُلُ فِي القِسْمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ إلَخْ) **جَمَاعَةٌ فِي أَيْدِيهِمْ عَقَارٌ طَلَبُوا قِسْمَتَهُ وَفِي أَحَدِ الجَانِبَيْنِ فَضْلٌ، فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَكُونَ عِوَضُ الفَضْلِ دَرَاهِمَ وَآخَرُ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ** لَمْ تَدْخُلِ الدَّرَاهِمُ فِي القِسْمَةِ، وَإِنْ تَرَاضَوْا أَدْخَلَهَا لأَنَّهُ لا شَرِكَةَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالقِسْمَةُ فِيمَا فِيهِ الشَّرِكَةُ، وَلأَنَّهُ يَفُوتُ التَّعْدِيلُ المُرَادُ بِالقِسْمَةِ لأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصِلُ إِلَى عَيْنِ العَقَارِ وَدَرَاهِمُ الآخَرِ فِي ذِمَّتِهِ قَدْ لا يَصِلُ إِلَيْهَا، وَلَيْسَ بَيْنَ مَا يَصِلُ إِلَيْهِ الرَّجُلُ فِي الحَالِ وَمَا لا يَصِلُ مُعَادَلَةٌ، فَلا يُصَارُ إِلَيْهِ إلا عِنْدَ الضَّرُورَةِ، وَلِهَذَا ذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا إِذَا كَانَ أَرْضٌ وَبِنَاءٌ إِلَى أَنَّهُ يُقْسَمُ كُلُّ ذَلِكَ عَلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ، لأَنَّهُ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُعَادَلَةِ إلا بِالتَّقْوِيمِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ الأَرْضَ تُقْسَمُ بِالمِسَاحَةِ لأَنَّهَا الأَصْلُ فِي المَمْسُوحَاتِ، ثُمَّ يُرَدُّ مَنْ وَقَعَ البِنَاءُ فِي نَصِيبِهِ أَوْ مَنْ كَانَ نَصِيبُهُ أَجْوَدَ دَرَاهِمَ عَلَى الآخَرِ حَتَّى يُسَاوِيَهُ فَتَدْخُلَ الدَّرَاهِمُ فِي القِسْمَةِ ضَرُورَةً كَالأَخِ لا وِلايَةَ لَهُ فِي المَالِ ثُمَّ يَمْلِكُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ضَرُورَةَ التَّزْوِيجِ.

وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى شَرِيكِهِ بِمُقَابَلَةِ البِنَاءِ مَا يُسَاوِيهِ مِنَ العَرْصَةِ، فَإِنْ لَمْ تَفِ العَرْصَةُ بِقِيمَةِ البِنَاءِ فَحِينَئِذٍ يَرُدُّ الفَضْلَ دَرَاهِمَ لأَنَّ الضَّرُورَةَ تَحَقَّقَتْ فِي هَذَا القَدْرِ فَلا يُتْرَكُ الأَصْلُ إلا لَهَا، وَهَذَا يُوَافِقُ رِوَايَةَ الأَصْلِ لأَنَّهُ قَالَ فِيهِ: يَقْسِمُ الدَّارَ مُذَارَعَةً فَلا يُجْعَلُ لأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ فَضْلا مِنَ الدَّرَاهِمِ وَغَيْرِهَا، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ. قَوْلُهُ (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ) يَعْنِي إِنْ **قَسَمَ القَسَّامُ الدَّارَ المُشْتَرَكَةَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ وَلأَحَدِهِمَا مَسِيلُ المَاءِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ أَوْ طَرِيقٍ** فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُمْكِنَ صَرْفُ ذَلِكَ عَنْهُ أَوْ لا (فَإِنْ أَمْكَنَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطْرِقَ) وَيَسِيلَ (فِي نَصِيبِ الآخَرِ) سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ مَشْرُوطًا فِي القِسْمَةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى القِسْمَةِ) وَهُوَ الإِفْرَازُ

وَالتَّمْيِيزُ (مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ) بِأَنْ لا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعَلُّقٌ بِنَصِيبِ الآخَرِ بِصَرْفِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ إِلَى غَيْرِهِ فَلا تَدْخُلُ فِيهِ الحُقُوقُ وَإِنْ شُرِطَتْ، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّهَا إِذَا شُرِطَتْ فِيهِ دَخَلَتْ لأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا التَّعَلُّقِ بِملكِ غَيْرِهِ فَلا تَدْخُلُ إلا بِالشَّرْطِ (وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ) فَإِمَّا أَنْ يُشْتَرَطَ ذَلِكَ فِي القِسْمَةِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي (فُسِخَتْ القِسْمَةُ لأَنَّهَا مُخْتَلَّةٌ لِمَا فِيهِ مِنْ الضَّرَرِ وَبَقَاءِ الاخْتِلاطِ فَتُسْتَأْنَفُ، وَهَذَا بِخِلافِ البَيْعِ) فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ **دَارًا أَوْ أَرْضًا وَلا يَتَمَكَّنُ المُشْتَرِي مِنْ الاسْتِطْرَاقِ وَلا مِنْ تَسْيِيلِ المَاءِ وَلَمْ تُذْكَرْ الحُقُوقُ** فَإِنَّهُ (لا يَفْسُدُ، لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ تَمَلُّكُ العَيْنِ وَأَنَّهُ يُجَامِعُ تَعَذُّرَ الانْتِفَاعِ فِي الحَالِ) كَمَا لَوْ اشْتَرَى جَحْشًا صَغِيرًا.

(وَأَمَّا القِسْمَةُ فَإِنَّهَا لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ، وَلا يَتِمُّ ذَلِكَ إلا بِالطَّرِيقِ) وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ يَدْخُلُ فِيهَا لأَنَّ القِسْمَةَ لِتَكْمِيلِ المَنْفَعَةِ وَذَلِكَ بِالطَّرِيقِ وَالمَسِيلِ، فَيَدْخُلُ عِنْدَ التَّنْصِيصِ بِاعْتِبَارِ التَّكْمِيلِ، وَفِيهَا مَعْنَى الإِفْرَازِ وَذَلِكَ بِانْقِطَاعِ التَّعَلُّقِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا؛ فَبِاعْتِبَارِهِ لا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فِي القِسْمَةِ تَكْمِيلا وَإِفْرَازًا، وَالحُقُوقُ بِالنَّظَرِ إِلَى التَّكْمِيلِ تَدْخُلُ وَإِنْ لَمْ تُذْكَرْ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الإِفْرَازِ لا تَدْخُلُ وَإِنْ ذُكِرَتْ لأَنَّ دُخُولَهَا يُنَافِي الإِفْرَازَ.

فَقُلْنَا: تَدْخُلُ عِنْدَ التَّنْصِيصِ وَلا تَدْخُلُ عِنْدَ عَدَمِهِ إِعْمَالا لِلوَجْهَيْنِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، بِخِلافِ الإِجَارَةِ حَيْثُ تَدْخُلُ فِيهَا بِدُونِ التَّنْصِيصِ لأَنَّ كُلَّ المَقْصُودِ الانْتِفَاعُ وَهُوَ لا يَحْصُلُ إلا بِإِدْخَالِ الشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ، فَيَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ (وَلَوْ **اخْتَلَفَ الشُّرَكَاءُ فِي رَفْعِ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ عَنْ القِسْمَةِ) فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لا نَدَعُ طَرِيقًا مُشْتَرَكًا بَيْنَنَا بَلْ نَقْسِمُ الكُلَّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَلْ نَدَعُ** يَنْظُرُ القَاضِي فِي حَالِهِمْ إِنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ طَرِيقٌ يَفْتَحُهُ فِي نَصِيبِهِ قَسَمَ الحَاكِمُ بِغَيْرِ طَرِيقٍ يُتْرَكُ لِلجَمَاعَةِ (لِتَحَقُّقِ الإِفْرَازِ بِالكُلِّيَّةِ دُونَهُ) أَيْ دُونَ رَفْعِ الطَّرِيقِ (وَإِنْ كَانَ لا يَسْتَقِيمُ رَفَعَ طَرِيقًا بَيْنَ جَمَاعَتِهِمْ لِيَتَحَقَّقَ تَكْمِيلُ المَنْفَعَةِ فِيمَا وَرَاءَ الطَّرِيقِ.

وَلَوْ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ) أَيْ فِي سَعَةِ الطَّرِيقِ وَضِيقِهِ وَطُولِهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: تُجْعَلُ سَعَةُ الطَّرِيقِ أَكْبَرَ مِنْ عَرْضِ البَابِ الأَعْظَمِ وَطُولُهُ مِنْ الأَعْلَى إِلَى السَّمَاءِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ (جَعَلَ عَلَى عَرْضِ البَابِ وَطُولِهِ لأَنَّ الحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِهِ) فَلا

فَائِدَةَ فِي جَعْلِهِ أَعْرَضَ مِنْ ذَلِكَ، وَفَائِدَةُ قِسْمَةِ مَا وَرَاءَ طُولِ البَابِ مِنْ الأَعْلَى هِيَ أَنَّ أَحَدَ الشُّرَكَاءِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْرَعَ جَنَاحًا فِي نَصِيبِهِ، إِنْ كَانَ فَوْقَ طُولِ البَابِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ لأَنَّ الهَوَاءَ فِيمَا زَادَ عَلَى طُولِ البَابِ مَقْسُومٌ بَيْنَهُمْ فَكَانَ بَانِيًا عَلَى خَالِصِ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا دُونَ طُولِ البَابِ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ لأَنَّ قَدْرَ طُولِهِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ فَصَارَ بَانِيًا عَلَى الهَوَاءِ المُشْتَرَكِ، وَهُوَ لا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الشُّرَكَاءِ، وَإِنْ كَانَ المَقْسُومُ أَرْضًا يُرْفَعُ مِنْ الطَّرِيقِ بِمِقْدَارِ مَا يَمُرُّ فِيهِ ثَوْرٌ وَاحِدٌ، لأَنَّهُ لا بُدَّ لِلزِّرَاعَةِ مِنْ ذَلِكَ، وَلا يُجْعَلُ مِقْدَارُ مَا يَمُرُّ فِيهِ ثَوْرَانِ مَعًا، وَإِنْ كَانَ مُحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ لأَنَّهُ كَمَا يَحْتَاجُ إِلَى هَذَا يَحْتَاجُ إِلَى العَجَلَةِ فَيُؤَدِّي إِلَى مَا لا يَتَنَاهَى، كَذَا فِي النِّهَايَةِ، وَبَاقِي كَلامِهِ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لا عُلُوَّ عَلَيهِ وَعُلُوٌّ لا سُفْلَ لَهُ وَسُفْلٌ لَهُ عُلُوٌّ قُوِّمَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَتِهِ وَقُسِمَ بِالقِيمَةِ وَلا مُعتَبَرَ بِغَيرِ ذَلِك) قَالَ ﷺ: هَذَا عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يُقسَمُ بِالذَّرعِ؛ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ السُّفلَ يَصلُحُ لِمَا لا يَصلُحُ لَهُ العُلُوُّ مِن اتِّخَاذِهِ بِئرَ مَاءٍ أَو سِردَابًا أَو إِصطَبلا أَو غَيرَ ذَلِكَ فَلا يَتَحَقَّقُ التَّعدِيلُ إِلا بِالقِيمَةِ، وَهُمَا يَقُولانِ إِنَّ القِسمَةَ بِالذَّرعِ هِيَ الأَصلُ، لأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي المَذرُوعِ لا فِي القِيمَةِ فَيُصَارَ إِلَيهِ مَا أَمكَنَ، وَالمُرَاعَى التَّسوِيَةُ فِي السُّكنَى لا فِي المَرَافِقِ ثُمَّ اختَلَفَا فِيمَا بَينَهُمَا فِي كَيفِيَّةِ القِسمَةِ بِالذَّرعِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذِرَاعٌ مِن سُفلٍ بِذِرَاعَينِ مِن عُلُوٍّ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ قِيلَ أَجَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُم عَلَى عَادَةِ أَهلِ عَصرِهِ أَو أَهلِ بَلَدِهِ فِي تَفضِيلِ السُّفلِ عَلَى العُلُوِّ وَاستِوَائِهِمَا وَتَفضِيلِ السُّفلِ مَرَّةً وَالعُلُوِّ أُخرَى.

وَقِيلَ هُوَ اختِلافُ مَعنًى وَوَجهُ قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنفَعَةَ السُّفلِ تَربُو عَلَى مَنفَعَةِ العُلُوِّ بِضِعفِهِ لأَنَّهَا تَبقَى بَعدَ فَوَاتِ العُلُوِّ، وَمَنفَعَةُ العُلُوِّ لا تَبقَى بَعدَ فَنَاءِ السُّفلِ، وَكَذَا السُّفلُ فِيهِ مَنفَعَةُ البِنَاءِ وَالسُّكنَى، وَفِي العُلُوِّ السُّكنَى لا غَيرُ إِذ لا يُمكِنُهُ البِنَاءُ عَلَى عُلُوِّهِ إِلا بِرِضَا صَاحِبِ السُّفلِ، فَيُعتَبَرَ ذِرَاعَانِ مِنهُ بِذِرَاعٍ مِن السُّفلِ وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقصُودَ أَصلُ السُّكنَى وَهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَالمَنفَعَتَانِ مُتَمَاثِلَتَانِ لأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يَفعَلَ مَا لا يَضُرُّ بِالآخَرِ عَلَى أَصلِهِ وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ المَنفَعَةَ تَختَلِفُ بِاختِلافِ الحَرِّ وَالبَردِ بِالإِضَافَةِ إِلَيهِمَا فَلا يُمكِنُ التَّعدِيلُ إِلا بِالقِيمَةِ، وَالفَتوَى اليَومَ عَلَى قَولِ مُحَمَّدٍ

رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُهُ لا يَفْتَقِرُ إِلَى التَّفْسِيرِ.

وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ أَن يُجعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ ثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِن البَيتِ الكَامِلِ لأَنَّ العُلُوَّ مِثلُ نِصفِ السُّفلِ فَثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثٌ مِن السُّفلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ وَمَعَهُ ثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِن العُلُوِّ فَبَلَغَت مِائَةَ ذِرَاعٍ تُسَاوِي مِائَةً مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ، وَيُجعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِن السُّفلِ المُجَرَّدِ مِن البَيتِ الكَامِلِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ، لأَنَّ عُلُوَّهُ مِثلُ نِصفِ سُفلِهِ فَبَلَغَت مِائَةَ ذِرَاعٍ كَمَا ذَكَرنَا، وَالسُّفلُ المُجَرَّدُ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ لأَنَّهُ ضِعفُ العُلُوِّ فَيُجعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِثلِهِ وَتَفسِيرُ قَولِ أَبِي يُوسُفَ أَن يُجعَلَ بِإِزَاءِ خَمسِينَ ذِرَاعًا مِن البَيتِ الكَامِلِ مِائَةُ ذِرَاعٍ مِن السُّفلِ المُجَرَّدِ، وَمِائَةُ ذِرَاعٍ مِن العُلُوِّ المُجَرَّدِ، لأَنَّ السُّفلَ وَالعُلُوَّ عِندَهُ سَوَاءٌ، فَخَمسُونَ ذِرَاعًا مِن البَيتِ الكَامِلِ بِمَنزِلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ خَمسُونَ مِنهَا سُفلٌ وَخَمسُونَ مِنهَا عُلُوٌّ قَالَ (وَإِذَا اختَلَفَ المُتَقَاسِمُونَ وَشَهِدَ القَاسِمَانِ قُبِلَت شَهَادَتُهُمَا) قَالَ ﷺ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا تُقبَلُ، وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

وَذَكَرَ الخَصَّافُ قَولَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَولِهِمَا وَقَاسِمَا القَاضِي وَغَيرُهُمَا سَوَاءٌ، لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعلِ أَنفُسِهِمَا فَلا تُقبَلُ، كَمَن عَلَّقَ عِتقَ عَبدِهِ بِفِعلِ غَيرِهِ فَشَهِدَ ذَلِكَ الغَيرُ عَلَى فِعلِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَى فِعلِ غَيرِهِمَا وَهُوَ الاستِيفَاءُ وَالقَبضُ لا عَلَى فِعلِ أَنفُسِهِمَا، لأَنَّ فِعلَهُمَا التَّمييزُ وَلا حَاجَةَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيهِ، أَو لأَنَّهُ لا يَصلُحُ مَشهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيرُ لازِمٍ، وَإِنَّمَا يَلزَمُهُ بِالقَبضِ وَالاستِيفَاءِ وَهُوَ فِعلُ الغَيرِ فَتُقبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيهِ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ: إِذَا قَسَمَا بِأَجرٍ لا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ بِالإِجمَاعِ، وَإِلَيهِ مَالَ بَعضُ المَشَايِخِ لأَنَّهُمَا يَدَّعِيَانِ إِيفَاءَ عَمَلٍ أُستُؤجِرَا عَلَيهِ فَكَانَت شَهَادَةً صُورَةً وَدَعوَى مَعنًى فَلا تُقبَلُ إِلا أَنَّا نَقُولُ: هُمَا لا يَجُرَّانِ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ إِلَى أَنفُسِهِمَا مَغنَمًا لاتِّفَاقِ الخُصُومِ عَلَى إِيفَائِهِمَا العَمَلَ المُستَأجَرَ عَلَيهِ وَهُوَ التَّميِيزُ، وَإِنَّمَا الاختِلافُ فِي الاستِيفَاءِ فَانتَفَت التُّهمَةُ (وَلَو شَهِدَ قَاسِمٌ وَاحِدٌ لا تُقبَلُ) لأَنَّ شَهَادَةَ الفَردِ غَيرُ مَقبُولَةٍ عَلَى الغَيرِ، وَلَو أَمَرَ القَاضِي أَمِينَهُ بِدَفعِ المَالِ إِلَى آخَرَ يُقبَلُ قَولُ الأَمِينِ فِي دَفعِ الضَّمَانِ عَن نَفسِهِ وَلا يُقبَلُ فِي إِلزَامِ الآخَرِ إِذَا كَانَ مُنكِرًا، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا كَانَ سُفْلٌ لا عُلوَ لَهُ) صُورَةُ المَسْأَلَة **أَنْ يَكُونَ عُلوٌ مُشْتَرَكًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَسُفْلُهُ لآخَرَ وَسُفْلٌ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَعُلوُهُ لآخَرَ وَبَيْتٌ كَاملٌ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَالكُلُّ فِي دَارٍ وَاحدَة أَوْ فِي دَارَيْنِ لَكنْ تَرَاضَيَا عَلَى القسْمَة وَطَلَبَا منْ القَاضي القسْمَةَ**، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بذَلكَ لئَلا يُقَالَ: تَقْسيمُ العُلو مَعَ السُّفْل قسْمَةٌ وَاحدَةٌ إذَا كَانَتْ البُيُوتُ مُتَفَرِّقَةً لا يَصحُّ عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِذَا ظَهَرَ ذَلكَ فَاعْلَمْ أَنَّ عُلَمَاءَنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفيَّة قسْمَة ذَلكَ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُقْسَمُ بالذَّرْع لأَنَّهُ الأَصْلُ فِي القسْمَة فِي المَذْرُوع لكَوْن الشَّركَة فيه لا فِي القيمَة.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْسَمُ بالقيمَة، فَإِنْ كَانَتْ قيمَتُهُمَا سَوَاءٌ كَانَ ذرَاعٌ بذرَاعٍ، وَإِنْ كَانَتْ قيمَةُ أَحَدهمَا نصْفَ قيمَة الآخَرِ يُحْسَبُ ذرَاعٌ بذرَاعَيْنِ، وَعَلَى هَذَا الحسَاب لأَنَّ السُّفْلَ يَصْلُحُ لمَا لا يَصْلُحُ لَهُ العُلوُ منْ حَفْرِ البئْرِ وَاتِّخَاذ السِّرْدَاب وَالإصْطَبْل وَغَيْرهَا فَلا يَتَحَقَّقُ التَّعْديلُ إلا بالقيمَة. ثُمَّ اخْتَلَفَ الشَّيْخَان فِي كَيْفيَّة القسْمَة بالذَّرْع، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: ذرَاعُ سُفْلٍ بذرَاعَيْنِ منْ عُلو. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: ذرَاعٌ بذرَاعٍ. وَاخْتَلَفَ المَشَايخُ بأَنَّ مَبْنَى هَذَا الاخْتلاف اخْتلافُ عَادَة أَهْل العَصْر وَالبُلدَان فِي تَفْضيل السُّفْل عَلَى العُلو أَوْ العَكْس منْ ذَلكَ أَوْ اسْتوَائهمَا أَوْ هُوَ مَعْنَى فقْهيٌّ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَجَابَ كُلُّ وَاحد منْهُمْ عَلَى عَادَة أَهْل عَصْره: أَجَابَ أَبُو حَنيفَةَ بنَاءً عَلَى مَا شَاهَدَ منْ عَادَة أَهْل الكُوفَة فِي اخْتيَار السُّفْل عَلَى العُلو، وَأَبُو يُوسُفَ بنَاءً عَلَى مَا شَاهَدَ منْ عَادَة أَهْل بَغْدَادَ فِي التَّسْويَة بَيْنَ العُلو وَالسُّفْل فِي مَنْفَعَة السُّكْنَى، وَمُحَمَّدٌ عَلَى مَا شَاهَدَ منْ اخْتلاف العَادَات فِي البُلدَان منْ تَفْضيل السُّفْل مَرَّةً وَالعُلو أُخْرَى.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَل مَبْنَاهُ مَعْنَى فقْهيٌّ. وَوَجْهُ قَوْل أَبِي حَنيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَنْفَعَةَ السُّفْل تَرْبُو عَلَى مَنْفَعَة العُلو بضعْفه لأَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ فَوَات العُلو دُونَ العَكْس، وَكَذَا السُّفْلُ فيه مَنْفَعَةُ البنَاء وَالسُّكْنَى، وَفِي العُلو مَنْفَعَةُ السُّكْنَى لا غَيْرُ، إذْ لا يُمْكنُهُ البنَاءُ عَلَى عُلوه إلا برضَا صَاحب السُّفْل فَيُعْتَبَرُ ذرَاعَان منْهُ بذرَاعٍ منْ السُّفْل. وَلأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ المَقْصُودَ أَصْلُ السُّكْنَى وَهُمَا يَتَسَاوَيَان فيه، وَالمَنْفَعَتَان مُتَمَاثلَتَان لأَنَّ لكُلٍّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْعَلَ مَا لا يَضُرُّ بِالآخَرِ عَلَى أَصْلِه. وَلمُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ المَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الحَرِّ وَالبَرْدِ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا، فَلا يُمْكِنُ التَّعْدِيلُ إلا بِالقِيمَةِ، وَقَوْلُهُ لا يَفْتَقِرُ إِلَى التَّفْسِيرِ. وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ أَنْ يُجْعَلَ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ العُلوِ المُجَرَّدِ ثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثُ ذِرَاعٍ مِنْ البَيْتِ الكَامِلِ، لأَنَّ العُلوَ عِنْدَهُ مِثْلُ نِصْفِ السُّفْلِ، فَثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثٌ مِنْ العُلوِ الكَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ مِثْلِه مِنْ العُلوِ المُجَرَّدِ، وَثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثٌ مِنْ سُفْلِ الكَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ سِتَّةٍ وَسِتِّينَ وَثُلُثَيْنِ مِنْ العُلوِ المُجَرَّدِ فَذَلِكَ تَمَامُ مِائَةٍ، وَيُجْعَلُ بِمُقَابَلَةِ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ السُّفْلِ المُجَرَّدِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَا ذِرَاعٍ مِنْ البَيْتِ الكَامِلِ، لأَنَّ عُلوَهُ مِثْلُ نِصْفِ سُفْلِه، فَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنْ السُّفْلِ الكَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مِثْلِه مِنْ السُّفْلِ المُجَرَّدِ وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ مِنْ عُلوِ الكَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ ثَلاثَةٍ وَثَلاثِينَ وَثُلُثِ ذِرَاعٍ مِنْ السُّفْلِ المُجَرَّدِ فَذَلِكَ تَمَامُ مِائَةٍ، وَتَفْسِيرُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَاهِرٌ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

(قَوْلُهُ وَإِذَا اخْتَلَفَ المُتَقَاسِمُونَ) **فَقَالَ بَعْضُهُمْ بَعْضُ نَصِيبِي فِي يَدِ صَاحِبِي** (**وَشَهِدَ القَاسِمَانِ** قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ وَلَمْ يَذْكُرْ خِلافًا، وَكَأَنَّهُ مَالَ إِلَى قَوْلِ الخَصَّافِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ كَقَوْلِهِمَا. وَقَوْلُهُ أَوْ لأَنَّهُ: أَيْ التَّمْيِيزَ لا يَصْلُحُ مَشْهُودًا بِهِ لِمَا أَنَّهُ غَيْرُ لازِمٍ قَبْلُ، لأَنَّ الرُّجُوعَ صَحِيحٌ قَبْلَ القَبْضِ، وَهُوَ صَحِيحٌ إِذَا كَانَتْ القِسْمَةُ بِتَرَاضِيهِمَا. أَمَّا إِذَا كَانَ القَاضِي أَوْ نَائِبُهُ يَقْسِمُ فَلَيْسَ لِبَعْضِ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ بَعْدَ خُرُوجِ بَعْضِ السِّهَامِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

بَابُ دَعوَى الغَلَطِ فِي القِسمَةِ وَالاستِحقَاقُ فِيهَا

قَالَ (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُم الغَلَطَ وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَد أَشهَدَ عَلَى نَفسِهِ بِالاستِيفَاءِ لَم يُصَدَّق عَلَى ذَلِكَ إلا بِبَيِّنَةٍ) لأَنَّهُ يَدَّعِي فَسخَ القِسمَةِ بَعدَ وُقُوعِهَا فَلا يُصَدَّقُ إلا بِحُجَّةٍ (فَإِن لَم يَكُن لَهُ بَيِّنَةٌ استَحلَفَ الشُّرَكَاءَ فَمَن نَكَلَ مِنهُم جُمِعَ بَينَ نَصِيبِ النَّاكِلِ وَالمُدَّعِي فَيُقسَمَ بَينَهُمَا عَلَى قَدرِ أَنصِبَائِهِمَا)، لأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ خَاصَّةً فَيُعَامَلانِ عَلَى زَعمِهِمَا قَالَ ﷺ: يَنبَغِي أَن لا تُقبَلَ دَعوَاهُ أَصلا لِتَنَاقُضِه، وَإِلَيهِ أَشَارَ مَن بَعدُ (وَإِن قَالَ قَد استَوفَيتُ حَقِّي وَأَخَذتُ بَعضَهُ فَالقَولُ قَولُ خَصمِهِ مَعَ يَمِينِهِ) لأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيهِ الغَصبَ وَهُوَ مُنكِرٌ (وَإِن قَالَ أَصَابَنِي إِلَى مَوضِعِ كَذَا فَلَم يُسَلِّمهُ

إلَيَّ وَلَم يَشهَد عَلَى نَفسِهِ بِالاستِيفَاءِ وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا وَفُسِخَت القِسمَةُ) لأنَّ الاختِلافَ فِي مِقدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالقِسمَةِ فَصَارَ نَظِيرَ الاختِلافِ فِي مِقدَارِ المَبِيعِ عَلَى مَا ذَكَرنَا مِن أَحكَامِ التَّحَالُفِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَلَو اختَلَفَا فِي التَّقوِيمِ لَم يُلتَفَت إلَيهِ) لأنَّهُ دَعوَى الغَبنِ وَلا مُعتَبَرَ بِهِ فِي البَيعِ فَكَذَا فِي القِسمَةِ لِوُجُودِ التَّرَاضِي، إلا إذَا كَانَت القِسمَةُ بِقَضَاءِ القَاضِي وَالغَبنُ فَاحِشٌ (لأنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِالعَدلِ)

الشرح:

(بَابُ دَعْوَى الغَلَطِ فِي القِسْمَةِ وَالاسْتِحْقَاقِ فِيهَا): لَمَّا كَانَ دَعْوَى الغَلَطِ وَالاسْتِحْقَاقِ مِنْ عَوَارِضِ القِسْمَةِ أَخَّرَ ذِكْرَهَا. وَالأَصْلُ فِي هَذَا البَابِ أَنَّ الاخْتِلافَ إمَّا أَنْ يَكُونَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ بِالقِسْمَةِ أَوْ فِي أَمْرٍ بَعْدَ القِسْمَةِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ تَحَالَفَا وَتُفْسَخُ القِسْمَةُ إنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَعْوَاهُ مُتَنَاقِضًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَحُكْمُهُ البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ فَعَلَى هَذَا إذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الغَلَطَ فِي القِسْمَةِ وَزَعَمَ أَنَّ مِمَّا أَصَابَهُ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيفَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إلا بِبَيِّنَةٍ لأَنَّهُ يَدَّعِي فَسْخَ القِسْمَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا فَلا يُصَدَّقُ إلا بِحُجَّةٍ كَالمُشْتَرِي إذَا ادَّعَى لِنَفْسِهِ خِيَارَ الشَّرْطِ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَدْ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِهَا، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا اُسْتُحْلِفَ الشُّرَكَاءُ، لأَنَّهُمْ لَوْ أَقَرُّوا لَزِمَهُمْ فَإِذَا أَنْكَرُوا اُسْتُحْلِفُوا لِرَجَاءِ النُّكُولِ، فَمَنْ حَلَفَ لا سَبِيلَ عَلَيْهِ، وَمَنْ نَكَلَ جَمَعَ بَيْنَ نَصِيبِهِ وَنَصِيبِ المُدَّعِي كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَلا تَحَالُفَ لِوُجُودِ التَّنَاقُضِ فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَنْبَغِي أَنْ لا يَقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلا) يَعْنِي وَإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ لِتَنَاقُضِهِ، لأَنَّهُ إذَا أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ: أَيْ أَقَرَّ بِالاسْتِيفَاءِ وَالاسْتِيفَاءُ عِبَارَةٌ عَنْ قَبْضِ الحَقِّ بِكَمَالِهِ كَانَ الدَّعْوَى بَعْدَ ذَلِكَ تَنَاقُضًا. قَوْلُهُ (وَإِلَيْهِ أَشَارَ مِنْ بَعْدُ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَإِنْ قَالَ أَصَابَنِي إلَى مَوْضِعِ كَذَا فَلَمْ يُسَلِّمْهُ إلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيفَاءِ وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا وَفُسِخَتْ القِسْمَةُ، لأَنَّ الاخْتِلافَ فِي مِقْدَارِ مَا حَصَلَ لَهُ بِالقِسْمَةِ فَصَارَ نَظِيرَ الاخْتِلافِ فِي مِقْدَارِ المَبِيعِ.

وَوَجْهُ الإِشَارَةِ أَنَّ هَذَا المَعْنَى قَدْ وُجِدَ فِي الصُّورَةِ الأُولَى، وَلا تَحَالُفَ فِيهَا وَلا سَبَبَ لَهُ سِوَى كَوْنِ التَّنَاقُضِ مَانِعًا لِصِحَّةِ الدَّعْوَى، وَإِذَا كَانَ التَّنَاقُضُ مَوْجُودًا وَجَبَ

أَنْ لا تُقْبَلَ دَعْوَاهُ أَصْلا، وَإِنْ قَالَ قَدْ اسْتَوْفَيْت حَقِّي وَأَخَذْت بَعْضَهُ وَعَجَزَ عَنْ إقَامَةِ البَيِّنَةِ فَالقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ لأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الغَصْبَ وَهُوَ يُنْكِرُ. وَلَوْ **اخْتَلَفَا فِي التَّقْوِيمِ** فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا أَوْ فَاحِشًا لا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ يُلتَفَتْ إِلَى دَعْوَاهُ سَوَاءٌ كَانَتْ القِسْمَةُ بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ القَاضِي، لأَنَّ الاحْتِرَازَ عَنْ مِثْلِهِ عَسِرٌ جِدًّا؛ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي، فَإِنْ كَانَتْ القِسْمَةُ بِقَضَاءِ القَاضِي فُسِخَتْ لأَنَّ الرِّضَا مِنْهُمْ لَمْ يُوجَدْ، وَتَصَرُّفُ القَاضِي مُقَيَّدٌ بِالعَدْلِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَإِنْ كَانَتْ بِالتَّرَاضِي لَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَحُكِيَ عَنْ الفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الهِنْدُوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لا تُسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى لأَنَّ القِسْمَةَ فِي مَعْنَى البَيْعِ وَدَعْوَى الغَبْنِ فِيهِ مِنْ المَالِكِ لا تُوجِبُ نَقْضَهُ أَمَّا **البَيْعُ مِنْ غَيْرِ المَالِكِ** فَإِنَّهُ يُنْقَضُ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ كَبَيْعِ الأَبِ وَالوَصِيِّ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: تُسْمَعُ هَذِهِ الدَّعْوَى لأَنَّ المُعَادَلَةَ شَرْطٌ فِي القِسْمَةِ، وَالتَّعْدِيلُ فِي الأَشْيَاءِ المُتَفَاوِتَةِ يَكُونُ مِنْ حَيْثُ القِيمَةُ، فَإِذَا ظَهَرَ فِي القِيمَةِ غَبْنٌ فَاحِشٌ فَاتَ شَرْطُ جَوَازِ القِسْمَةِ فَيَجِبُ نَقْضُهَا. وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ حُسَامُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ يَأْخُذُ بِالقَوْلِ الأَوَّلِ وَهُوَ مُخْتَارُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَبَعْضُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ كَانُوا يَأْخُذُونَ بِالقَوْلِ الثَّانِي.

(وَلَو اقتَسَمَا دَارًا وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ طَائِفَةً فَادَّعَى أَحَدُهُم بَيتًا فِي يَدِ الآخَرِ أَنَّهُ مِمَّا أَصَابَهُ بِالقِسمَةِ وَأَنكَرَ الآخَرُ فَعَلَيهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ) لِمَا قُلنَا (وَإِن أَقَامَا البَيِّنَةَ يُؤخَذُ بِبَيِّنَةِ المُدَّعِي) لأَنَّهُ خَارِجٌ، وَبَيِّنَةُ الخَارِجِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي اليَدِ (وَإِن كَانَ قَبلَ الإِشهَادِ عَلَى القَبضِ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا، وَكَذَا إِذَا اختَلَفَا فِي الحُدُودِ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ يُقضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالجُزءِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَإِن قَامَت لأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ لَهُ، وَإِن لَم تَقُم لِوَاحِدٍ مِنهُمَا تَحَالَفَا) كَمَا فِي البَيعِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلَوْ اقْتَسَمَا دَارًا) هُوَ عَيْنُ مَسْأَلَةِ أَوَّلِ البَابِ لَكِنْ أَعَادَهُ لِزِيَادَةِ بَيَانٍ، وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إلا بِبَيِّنَةٍ لأَنَّهُ يَدَّعِي فَسْخَ القِسْمَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الحُدُودِ) قِيلَ صُورَتُهُ: **دَارٌ اقْتَسَمَهَا رَجُلانِ**

فَأَصَابَ أَحَدَهُمَا جَانِبٌ مِنْهُ وَفِي طَرَفِ حَدِّهِ بَيْتٌ فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَأَصَابَ الآخَرَ جَانِبٌ وَفِي طَرَفِ حَدِّهِ بَيْتٌ فِي يَدِ صَاحِبِهِ فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْبَيْتَ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ دَاخِلٌ فِي حَدِّهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِالْجُزْءِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ لِمَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَوْلَهُ لِأَنَّهُ خَارِجٌ وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ تُرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ، وَالْبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا استَحَقَّ بَعضَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَينِهِ لَم تُفسَخِ القِسمَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَرَجَعَ بِحِصَّةِ ذَلكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تُفسَخُ القِسمَةُ) قَالَ ﷺ: ذَكَرَ الاختِلافَ فِي استِحقَاقِ بَعضٍ بِعَينِهِ، وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الأَسرَارِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ الاختِلافَ فِي استِحقَاقِ بَعضٍ شَائِعٍ مِن نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، فَأَمَّا فِي استِحقَاقِ بَعضٍ مُعَيَّنٍ لا تُفسَخُ القِسمَةُ بِالإِجمَاعِ، وَلَو أُستُحِقَّ بَعضٌ شَائِعٌ فِي الكُلِّ تُفسَخُ بِالاتِّفَاقِ، فَهَذِهِ ثَلاثَةُ أَوجُهٍ. وَلَم يَذكُر قَولَ مُحَمَّدٍ، وَذَكَرَهُ أَبُو سُلَيمَانَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَأَبُو حَفصٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الأَصَحُّ. لأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِاستِحقَاقِ بَعضٍ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكٌ ثَالِثٌ لَهُمَا، وَالقِسمَةُ بِدُونِ رِضَاهُ بَاطِلَةٌ، كَمَا إِذَا أُستُحِقَّ بَعضٌ شَائِعٌ فِي النَّصِيبَينِ، وَهَذَا لأَنَّ بِاستِحقَاقِ جُزءٍ شَائِعٍ يَنعَدِمُ مَعنَى القِسمَةِ وَهُوَ الإِفرَازُ لأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ شَائِعًا، بِخِلافِ المُعَيَّنِ.

وَلَهُمَا أَنَّ مَعنَى الإِفرَازِ لا يَنعَدِمُ بِاستِحقَاقِ جُزءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا وَلِهَذَا جَازَتِ القِسمَةُ عَلَى هَذَا الوَجهِ فِي الابتِدَاءِ بِأَن كَانَ النِّصفُ المُقَدَّمُ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا وَبَينَ ثَالِثٍ وَالنِّصفُ المُؤَخَّرُ بَينَهُمَا لا شَرِكَةَ لِغَيرِهِمَا فِيهِ فَاقتَسَمَا عَلَى أَنَّ لأَحَدِهِمَا مَا لَهُمَا مِنَ المُقَدَّمِ وَرُبُعَ المُؤَخَّرِ يَجُوزُ فَكَذَا فِي الانتِهَاءِ وَصَارَ كَاستِحقَاقِ شَيءٍ مُعَيَّنٍ، بِخِلافِ الشَّائِعِ فِي النَّصِيبَينِ لأَنَّهُ لَو بَقِيَت القِسمَةُ لَتَضَرَّرَ الثَّالِثُ بِتَفَرُّقِ نَصِيبِهِ فِي النَّصِيبَينِ، أَمَّا هَاهُنَا لا ضَرَرَ بِالمُستَحِقِّ فَافتَرَقَا، وَصُوَرُ المَسأَلَةِ: إِذَا أَخَذَ أَحَدُهُمَا الثُّلُثَ المُقَدَّمَ مِنَ الدَّارِ وَالآخَرُ الثُّلُثَينِ مِنَ المُؤَخَّرِ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ ثُمَّ استَحَقَّ نِصفَ المُقَدَّمِ، فَعِندَهُمَا إِن شَاءَ نَقَضَ القِسمَةَ دَفعًا لِعَيبِ التَّشقِيصِ، وَإِن شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِهِ مِنَ المُؤَخَّرِ، لأَنَّهُ لَو استَحَقَّ كُلَّ المُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصفِ مَا فِي يَدِهِ، فَإِذَا استَحَقَّ النِّصفَ رَجَعَ بِنِصفِ النِّصفِ وَهُوَ الرُّبُعُ اعتِبَارًا لِلجُزءِ بِالكُلِّ، وَلَو بَاعَ صَاحِبُ المُقَدَّمِ نِصفَهُ ثُمَّ استَحَقَّ

النِّصفَ البَاقِي شَائِعًا رَجَعَ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِ الآخَرِ عِندَهُمَا لِمَا ذَكَرنَا وَسَقَطَ خِيَارُهُ بِبَيعِ البَعضِ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ بَينَهُمَا نِصفَانِ وَيَضمَنُ قِيمَةَ نِصفِ مَا بَاعَ لِصَاحِبِهِ لأَنَّ القِسمَةَ تَنقَلِبُ فَاسِدَةً عِندَهُ، وَالمَقبُوضُ بِالعَقدِ الفَاسِدِ مَملُوكٌ فَنَفَذَ البَيعُ فِيهِ وَهُوَ مَضمُونٌ بِالقِيمَةِ فَيَضمَنُ نِصفَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ. قَالَ (وَلَو وَقَعَت القِسمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَينٌ مُحِيطٌ رُدَّت القِسمَةُ) لأَنَّهُ يَمنَعُ وُقُوعَ المِلكِ لِلوَارِثِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيرَ مُحِيطٍ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِالتَّرِكَةِ، إلا إِذَا بَقِيَ مِن التَّرِكَةِ مَا يَفِي بِالدَّينِ وَرَاءَ مَا قَسَمَ لأَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلَى نَقضِ القِسمَةِ فِي إِيفَاءِ حَقِّهِم، وَلَو أَبرَأَهُ الغُرَمَاءُ بَعدَ القِسمَةِ أَو أَدَّاهُ الوَرَثَةُ مِن مَالِهِم وَالدَّينُ مُحِيطٌ أَو غَيرُ مُحِيطٍ جَازَت القِسمَةُ لأَنَّ المَانِعَ قَد زَالَ. وَلَو ادَّعَى أَحَدُ المُتَقَاسِمَينِ دَينًا فِي التَّرِكَةِ صَحَّ دَعوَاهُ لأَنَّهُ لا تَنَاقُضَ، إِذ الدَّينُ يَتَعَلَّقُ بِالمَعنَى وَالقِسمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ، وَلَو ادَّعَى عَينًا بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ لَم يُسمَع لِلتَّنَاقُضِ، إِذ الإِقدَامُ عَلَى القِسمَةِ اعتِرَافٌ بِكَونِ المَقسُومِ مُشتَرَكًا.

الشرح:

(**فَصْلٌ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ الغَلَطِ بَيَّنَ الاسْتِحْقَاقَ (وَإِذَا اُسْتُحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا) هَاهُنَا ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ: اسْتِحْقَاقُ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ فِي أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ أَوْ فِيهِمَا جَمِيعًا. وَاسْتِحْقَاقُ بَعْضٍ شَائِعٍ فِي النَّصِيبَيْنِ. وَاسْتِحْقَاقُ بَعْضٍ شَائِعٍ فِي أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ. فَفِي الأَوَّلِ لا تُفْسَخُ القِسْمَةُ بِالاتِّفَاقِ.

وَفِي الثَّانِي تُفْسَخُ بِالاتِّفَاقِ. وَفِي الثَّالِثِ لَمْ تُفْسَخْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَكِنْ يُخَيَّرُ إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِحِصَّةِ ذَلِكَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ مَا بَقِيَ وَاقْتَسَمَ ثَانِيًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تُفْسَخُ، وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ عَلَى رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وَصُورَةُ المَسْأَلَةِ إِنْ **أَخَذَ أَحَدُهُمَا الثُّلُثَ المُقَدَّمَ مِنْ الدَّارِ وَالآخَرُ الثُّلُثَيْنِ مِنْ المُؤَخَّرِ** وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ بِأَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الدَّارِ أَلْفًا وَمِائَتَيْ دِرْهَمٍ مَثَلا وَقِيمَةُ الثُّلُثِ المُقَدَّمِ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَقِيمَةُ مَا بَقِيَ مِثْلُهُ **ثُمَّ اُسْتُحِقَّ نِصْفُ الثُّلُثِ المُقَدَّمِ**، فَعِنْدَهُمَا إِنْ شَاءَ نَقَضَ القِسْمَةَ دَفْعًا لِعَيْبِ التَّشْقِيصِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِهِ، لأَنَّهُ لَوْ اُسْتُحِقَّ كُلُّ المُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصْفِ مَا فِي يَدِهِ وَقِيمَتُهُ ثَلاثُمِائَةٍ، فَإِذَا اُسْتُحِقَّ النِّصْفُ

رَجَعَ بِنِصْفِ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبُعُ وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ فَيَصِيرُ فِي يَدِ كُلٍّ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ أَرْبَعُمِائَةِ دِرْهَمٍ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا وَالْمَجْمُوعُ تِسْعُمِائَةٍ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ) يَعْنِي الْقُدُورِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ، وَهَكَذَا ذُكِرَ فِي الْأَسْرَارِ أَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَصِفَةُ الْحَوَالَةِ هَذِهِ إلَى الْأَسْرَارِ وَقَعَتْ سَهْوًا، لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَذْكُورَةٌ فِي الْأَسْرَارِ فِي الشَّائِعِ وَضْعًا وَتَعْلِيلًا مِنْ الْجَانِبَيْنِ وَتَكْرَارًا بِلَفْظِ الشَّائِعِ غَيْرَ مَرَّةٍ.

وَأَقُولُ: وَفِي قَوْلِهِ ذَكَرَ الِاخْتِلَافَ فِي اسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ بِعَيْنِهِ أَيْضًا نَظَرٌ، فَإِنَّ قَوْلَ الْقُدُورِيِّ وَإِذَا اُسْتُحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَيْسَ بِنَصٍّ فِي ذَلِكَ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ بِعَيْنِهِ مُتَعَلِّقًا بِنَصِيبِ أَحَدِهِمَا لَا بِبَعْضٍ، فَيَكُونُ تَقْدِيرُ كَلَامِهِ: وَإِذَا **اُسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ** وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الِاخْتِلَافُ فِي الشَّائِعِ لَا فِي الْمُعَيَّنِ. لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ شَائِعٍ ظَهَرَ شَرِيكٌ ثَالِثٌ لَهُمَا وَالْقِسْمَةُ بِدُونِ رِضَاهُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إذَا تَرَاضَيَا عَلَى الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ اعْتَبَرَ الْقِيمَةَ فِيهَا فَلَا بُدَّ مِنْ التَّرَاضِي، وَصَارَ كَمَا إذَا اُسْتُحِقَّ بَعْضٌ شَائِعٌ فِي النَّصِيبَيْنِ فِي انْعِدَامِ مَعْنَى الْقِسْمَةِ وَهُوَ الْإِفْرَازُ، أَمَّا فِيمَا ظَهَرَ فِيهِ الِاسْتِحْقَاقُ فَوَاضِحٌ، وَأَمَّا فِي النَّصِيبِ الْآخَرِ فَلِأَنَّهُ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِحِصَّتِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ شَائِعًا، بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ فَإِنَّ بِاسْتِحْقَاقِ بَعْضٍ مُعَيَّنٍ يَبْقَى الْإِفْرَازُ فِيمَا وَرَاءَهُ، لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ إنْ شَاءَ نَقَضَ الْقِسْمَةَ مِنْ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إلَّا عَلَى تَقْدِيرِ الْمُعَادَلَةِ وَقَدْ فَاتَتْ.

وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى الْإِفْرَازِ لَا يَنْعَدِمُ بِاسْتِحْقَاقِ جُزْءٍ شَائِعٍ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ، وَلِهَذَا جَازَتْ الْقِسْمَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي الِابْتِدَاءِ **بِأَنْ كَانَتْ دَارٌ نِصْفَيْنِ وَالنِّصْفُ الْمُقَدَّمُ مِنْهَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ وَالنِّصْفُ الْمُقَدَّمُ مِنْ هَذَا النِّصْفِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بَيْنَ اثْنَيْنِ عَلَى السَّوِيَّةِ وَالنِّصْفُ الْمُؤَخَّرُ بَيْنَ هَذَيْنِ الِاثْنَيْنِ عَلَى السَّوِيَّةِ أَيْضًا فَاقْتَسَمَا الِاثْنَانِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُمَا مِنْ الْمُقَدَّمِ وَرُبُعِ الْمُؤَخَّرِ**، وَإِذَا جَازَ ابْتِدَاءً جَازَ انْتِهَاءً بِطَرِيقِ الْأَوْلَى وَصَارَ كَاسْتِحْقَاقِ بَيْتٍ مُعَيَّنٍ فِي عَدَمِ انْتِفَاءِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ، بِخِلَافِ الشَّائِعِ فِي النَّصِيبَيْنِ، فَإِنَّهُ لَوْ بَقِيَتْ الْقِسْمَةُ

لَتضَرَّرَ الثَّالثُ بتَفْرِيقِ نَصيبه فِي النَّصِيبَيْنِ وَأَمَّا هَاهُنَا فَلا ضَرَرَ للمُسْتَحِقِّ وقَوْلُهُ (وَصُورَةُ المَسْأَلَةِ) يَعْنِي مَسْأَلَةَ الكتَابِ لا المُسْتَشْهَدَ بِهَا، وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ دَفْعًا لِهَذَا اللَّبْسِ، قَوْلُهُ (وَلَوْ **بَاعَ صَاحِبُ المُقَدَّمِ نِصْفَهُ) يَعْنِي النِّصْفَ مِنْ الثُّلُث المُقَدَّمِ الَّذِي وَقَعَ فِي نَصيب أَحَدِهِمَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّ النِّصْفُ الثَّانِي** رَجَعَ بِرُبُعِ مَا فِي يَدِ الآخرِ عِنْدَهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا يَعْنِي مِنْ قَوْله لأَنَّهُ لَوْ اُسْتُحِقَّ كُلُّ المُقَدَّمِ رَجَعَ بِنِصْفِ مَا فِي يَده إِلَى قَوْله اعْتبَارًا للجُزْءِ بالكُلِّ وَسَقَطَ خِيَارُهُ بِبَيْعِ البَعْضِ فِي فَسْخِ القِسْمَة، لأَنَّ الفَسْخَ إِنَّمَا يَرِدُ عَلَى مَا وَرَدَ عَلَيْهِ القِسْمَةُ وَقَدْ فَاتَ بَعْضُ ذَلكَ بالبَيْعِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا فِي يَد صَاحبه بَيْنَهُمَا نِصْفَان، وَيَضْمَنُ قِيمَةَ نِصْفِ مَا بَاعَ لِصَاحبه لأَنَّ القِسْمَةَ تَنْقَلِبُ فَاسِدَةً عِنْدَهُ فَيَقْتَسِمَانِ البَاقِيَ بَعْدَ الاسْتحْقَاق قَوْلُهُ (وَالمَقْبُوضُ بِالعَقْدِ الفَاسِدِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: يَنْبَغِي أَنْ يُنْقَضَ البَيْعُ لأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى القِسْمَة الفَاسِدَة.

وَالبِنَاءُ عَلَى الفَاسِدِ فَاسِدٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ القِسْمَةَ فِي مَعْنَى البَيْعِ لِوُجُودِ المُبَادَلَة، وَإِذَا كَانَتْ فَاسِدَةً كَانَتْ فِي مَعْنَى البَيْعِ الفَاسِد، وَالمَقْبُوضُ بالعَقْد الفَاسِد مَمْلُوكٌ فَيَنْفُذُ البَيْعُ فِيه، وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالقِيمَة لِتَعَذُّرِ الوُصُول إِلَى عَيْنِ حَقِّه لمَكَان البَيْعِ فَيَضْمَنُ نِصْفَ نَصِيبِ صَاحِبه، قَالَ (وَلَوْ وَقَعَتْ القِسْمَةُ إِلَخْ) وَلَوْ **وَقَعَتْ القِسْمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ مُحِيطٌ وَلَمْ تُوفِّ الوَرَثَةُ مِنْ مَالِهِمْ وَلَمْ يَبْرَأْ الغُرَمَاءُ** رُدَّتْ القِسْمَةُ لأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ وُقُوعَ المِلْكِ للوَارِثِ، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي التَّرِكَة المُسْتَغْرَقَة بالدَّيْنِ عَبْدٌ وَهُوَ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ لِوَارِثٍ لَمْ يُعْتَقْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُحِيط بِالتَّرِكَة لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بالتَّرِكَة إلا إِذَا بَقِيَ مِنْ التَّرِكَة مَا بَقِيَ مِنْ الدُّيُونِ وَرَاءَ مَا قُسِمَ، لأَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِ القِسْمَة فِي إِيفَاءِ حَقِّهِمْ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ الغُرَمَاءُ بَعْدَ القِسْمَة أَوْ أَدَّاهُ للوَرَثَة مِنْ مَالهِمْ جَازَتْ القِسْمَةُ أَيْ تَبَيَّنَ جَوَازُهَا سَوَاءٌ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا أَوْ غَيْرَ مُحِيط لأَنَّ المَانِعَ قَدْ زَالَ، بِخِلاف مَا إِذَا ظَهَرَ لَهُ وَارِثٌ أَوْ المُوصَى لَهُ بِالثُّلُث أَوْ الرُّبعِ بَعْدَ القِسْمَة وَقَالَتْ الوَرَثَةُ نَحْنُ نَقْضِي حَقَّهُمَا فَإِنَّ القِسْمَةَ تُنْقَضُ إِنْ لَمْ يَرْضَ للوَارِث أَوْ المُوصَى لَهُ، لأَنَّ حَقَّهُمَا فِي عَيْنِ التَّرِكَة فَلا يَنْتَقِلُ إِلَى مَالٍ آخَرَ إلا بِرِضَاهُمَا، وَعَلَى هَذَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُ المُتَقَاسِمِينَ بَعْدَ القِسْمَة دَيْنًا عَلَى المَيِّت صَحَّ، وَلَوْ ادَّعَى عَيْنًا لَمْ يَصِحَّ لأَنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ بِمَالِيَّةِ التَّرِكَة وَالقِسْمَةُ تُصَادِفُ الصُّورَةَ فَلَمْ يَتَنَاقَضْ فِي دَعْوَاهُ بِالإِقْدَامِ عَلَى القِسْمَة،

وَدَعْوَى العَيْنِ تَتَعَلَّقُ بالصُّورَةِ وَالقِسْمَةُ تُصَادِفُهَا، فَالإقْدَام عَلَى القِسْمَةِ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِكَوْنِ المَقْسُومِ مُشْتَرَكًا وَدَعْوَى الخُصُوصِ يُنَاقِضُهُ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: إنْ لَمْ تَكُنْ دَعْوَى الدَّيْنِ بَاطِلَةً لِعَدَمِ التَّنَاقُضِ فَلْتَكُنْ بَاطِلَةً بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا إذَا صَحَّتْ كَانَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ القِسْمَةَ وَذَلِكَ سَعْيٌ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ إذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ بِالبَيِّنَةِ لَمْ تَكُنْ القِسْمَةُ تَامَّةً فَلا يَلْزَمُ ذَلِكَ

فَصلٌ فِي المُهَايَأَةِ

المُهَايَأَةُ جَائِزَةٌ استِحسَانًا للحَاجَةِ إلَيهِ، إذ قَد يَتَعَذَّرُ الاجتِمَاعُ عَلَى الانتِفَاعِ فَأَشبَهَ القِسمَةَ. وَلِهَذَا يَجرِي فِيهِ جَبرُ القَاضِي كَمَا يَجرِي فِي القِسمَةِ، إلا أَنَّ القِسمَةَ أَقوَى مِنهُ فِي استِكمَالِ المَنفَعَةِ لأَنَّهُ جَمعُ المَنَافِعِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، وَالتَّهَايُؤُ جَمعٌ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَلِهَذَا لَو طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ القِسمَةَ وَالآخَرُ المُهَايَأَةَ يَقسِمُ القَاضِي لأَنَّهُ أَبلَغُ فِي التَّكمِيلِ. وَلَو وَقَعَت فِيمَا يَحتَمِلُ القِسمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا القِسمَةَ يَقسِمُ وَتَبطُلُ المُهَايَأَةُ لأَنَّهُ أَبلَغُ، وَلا يَبطُلُ التَّهَايُؤُ بِمَوتِ أَحَدِهِمَا وَلا بِمَوتِهِمَا لأَنَّهُ لَو انتَقَضَ لاستَأنَفَهُ الحَاكِمُ فَلا فَائِدَةَ فِي النَّقضِ ثُمَّ الاستِئنَافِ (وَلَو تَهَايَأَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَن يَسكُنَ هَذَا طَائِفَةً وَهَذَا طَائِفَةً أَو هَذَا عُلُوَّهَا وَهَذَا سُفلَهَا جَازَ) لأَنَّ القِسمَةَ عَلَى هَذَا الوَجهِ جَائِزَةٌ فَكَذَا المُهَايَأَةُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي هَذَا الوَجهِ إفرَازٌ لِجَمِيعِ الأَنصِبَاءِ لا مُبَادَلَةٌ وَلِهَذِهِ لا يُشتَرَطُ فِيهِ التَّأقِيتُ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَن يَستَغِلَّ مَا أَصَابَهُ بِالمُهَايَأَةِ شُرِطَ ذَلِكَ فِي العَقدِ أَو لَم يُشتَرَط) لِحُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَى مِلكِهِ (وَلَو تَهَايَئَا فِي عَبدٍ وَاحِدٍ عَلَى أَن يَخدُمَ هَذَا يَومًا وَهَذَا يَومًا جَازَ)، وَكَذَا هَذَا فِي البَيتِ الصَّغِيرِ (لأَنَّ المُهَايَأَةَ قَد تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، وَقَد تَكُونُ مِن حَيثُ المَكَانِ) وَالأَوَّلُ مُتَعَيِّنٌ هَاهُنَا (وَلَو اختَلَفَا فِي التَّهَايُؤِ مِن حَيثُ الزَّمَانِ وَالمَكَانِ فِي مَحَلٍّ يَحتَمِلُهُمَا يَأمُرُهُمَا القَاضِي بِأَن يَتَّفِقَا) لأَنَّ التَّهَايُؤَ فِي المَكَانِ أَعدَلُ وَفِي الزَّمَانِ أَكمَلُ، فَلَمَّا اختَلَفَت الجِهَةُ لا بُدَّ مِن الاتِّفَاقِ (فَإِن اختَارَاهُ مِن حَيثُ الزَّمَانِ يُقرَعُ فِي البِدَايَةِ) نَفيًا لِلتُّهمَةِ (وَلَو تَهَايَئَا فِي العَبدَينِ عَلَى أَن يَخدُمَ هَذَا هَذَا العَبدُ وَالآخَرَ الآخَرُ جَازَ عِندَهُمَا) لأَنَّ القِسمَةَ عَلَى هَذَا الوَجهِ جَائِزَةٌ عِندَهُمَا جَبرًا مِن القَاضِي وَبِالتَّرَاضِي فَكَذَا المُهَايَأَةُ. وَقِيلَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَقسِمُ القَاضِي. وَهَكَذَا رُوِيَ عَنهُ لأَنَّهُ لا يَجرِي فِيهِ الجَبرُ عِندَهُ.

وَالأصحُّ أَنَّهُ يَقسِمُ القَاضِي عِندَهُ أيضًا، لأنَّ المَنَافِعَ من حَيثُ الخِدمَةِ قلَّمَا تَتَفَاوَتُ، بِخِلافِ أَعيَانِ الرَّقِيقِ لأنَّهَا تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَلَو تَهَايَئَا فِيهِمَا عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عَبدٍ عَلَى مَن يَأخُذُهُ جَازَ) استِحسَانًا للمُسَامَحَةِ فِي إطعَامِ المَمَالِيكِ بِخِلافِ شَرطِ الكِسوَةِ لا يُسَامَحُ فِيهَا (وَلَو تَهَايَئَا فِي دَارَينِ عَلَى أَن يَسكُنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا دَارًا جَازَ وَيُجبِرُ القَاضِي عَلَيهِ) وَهَذَا عِندَهُمَا ظَاهِرٌ، لأنَّ الدَّارَينِ عِندَهُمَا كَدَارٍ وَاحِدَةٍ. وَقَد قِيلَ لا يُجبِرُ عِندَهُ اعتِبَارًا بِالقِسمَةِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ فِيهِمَا أَصلا بِالجَبرِ لِمَا قُلنَا، وَبِالتَّرَاضِي لأَنَّهُ بَيعُ السُّكنَى بِالسُّكنَى، بِخِلافِ قِسمَةِ رَقَبَتِهِمَا لأَنَّ بَيعَ بَعضُ أَحَدِهِمَا بِبَعضِ الآخَرِ جَائِزٌ. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ التَّفَاوُتَ يَقِلُّ فِي المَنَافِعِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي وَيَجرِي فِيهِ جَبرُ القَاضِي وَيُعتَبَرُ إفرَازًا أَمَّا يَكثُرُ التَّفَاوُتُ فِي أَعيَانِهِمَا فَاعتُبِرَ مُبَادَلَةً.

(وَفِي الدَّابَّتَينِ لا يَجُوزُ التَّهَايُؤُ عَلَى الرُّكُوبِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِندَهُمَا يَجُوزُ) اعتِبَارًا بِقِسمَةِ الأَعيَانِ. وَلَهُ أَنَّ الاستِعمَالَ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ الرَّاكِبِينَ فَإِنَّهُم بَينَ حَاذِقٍ وَأَخرَقَ. وَالتَّهَايُؤُ فِي الرُّكُوبِ فِي دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى هَذَا الخِلافِ لِمَا قُلنَا، بِخِلافِ العَبدِ لأَنَّهُ يَخدُمُ بِاختِيَارِهِ فَلا يَتَحَمَّلُ زِيَادَةً عَلَى طَاقَتِهِ وَالدَّابَّةُ تَحمِلُهَا.

وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فِي الاستِغلال يَجُوزُ فِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَفِي العَبدِ الوَاحِدِ وَالدَّابَّةِ الوَاحِدَةِ لا يَجُوزُ. وَوَجهُ الفَرقِ هُوَ أَنَّ النَّصِيبَينِ، يَتَعَاقَبَانِ فِي الاستِيفَاءِ، وَالاعتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ. وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ فِي العَقَارِ وَتَغَيُّرُهُ فِي الحَيَوَانِ لِتَوَالِي أَسبَابِ التَّغَيُّرِ عَلَيهِ فَتَفُوتُ المُعَادَلَةُ. وَلَو زَادَت الغَلَّةُ فِي نَوبَةِ أَحَدِهِمَا عَلَيهَا فِي نَوبَةِ الآخَرِ يَشتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ لِيَتَحَقَّقَ التَّعدِيلُ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ التَّهَايُؤُ عَلَى المَنَافِعِ فَاستَغَلَّ أَحَدُهُمَا فِي نَوبَتِهِ زِيَادَةً، لأَنَّ التَّعدِيلَ فِيمَا وَقَعَ عَلَيهِ التَّهَايُؤُ حَاصِلٌ وَهُوَ المَنَافِعُ فَلا تَضُرُّهُ زِيَادَةُ الاستِغلال من بَعدُ (وَالتَّهَايُؤُ عَلَى الاستِغلال فِي الدَّارَينِ جَائِزٌ) أَيضًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَو فَضَلَ غَلَّةُ أَحَدِهِمَا لا يَشتَرِكَانِ فِيهِ بِخِلافِ الدَّارِ الوَاحِدَةِ.

وَالفَرقُ أَنَّ فِي الدَّارَينِ مَعنَى التَّمييزِ، وَالإفرَازُ رَاجِحٌ لاتِّحَادِ زَمَانِ الاستِيفَاءِ، وَفِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ يَتَعَاقَبُ الوُصُولُ فَاعتُبِرَ قَرضًا وَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي نَوبَتِهِ كَالوَكِيل عَن صَاحِبِهِ فَلهَذَا يَرُدُّ عَلَيهِ حِصَّتَهُ مِن الفَضل، وَكَذَا يَجُوزُ فِي العَبدَينِ عِندَهُمَا اعتِبَارًا

بِالتَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ، وَلا يَجُوزُ عِندَهُ لأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعيَانِ الرَّقِيقِ أَكثَرُ مِنهُ مِن حَيثُ الزَّمَانِ فِي العَبدِ الوَاحِدِ فَأَولَى أَن يَمتَنِعَ الجوَازُ، وَالتَّهَايُؤُ فِي الخِدمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً، وَلا ضَرُورَةَ فِي الغَلَّةِ لإِمكَانِ قِسمَتِهَا لكَونِهَا عَينًا، وَلأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ التَّسَامُحُ فِي الخِدمَةِ وَالاستِقصَاءُ فِي الاستِغلال فَلا يَتقَسِمَانِ (وَلا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَينِ عِندَهُ خِلافًا لَهُمَا) وَالوَجهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ.

(وَلَو كَانَ نَخلٌ أَو شَجَرٌ أَو غَنَمٌ بَينَ اثنَينِ فَتَهَايَئَا عَلَى أَن يَأخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا طَائِفَةً يَستَثمِرُهَا أَو يَرعَاهَا وَيَشرَبُ أَلبَانَهَا لا يَجُوزُ) لأَنَّ المُهَايَأَةَ فِي المَنَافِعِ ضَرُورَةٌ أَنَّهَا لا تَبقَى فَيَتَعَذَّرُ قِسمَتُهَا، وَهَذِهِ أَعيَانٌ بَاقِيَةٌ تَرِدُ عَلَيهَا القِسمَةُ عِندَ حُصُولِهَا. وَالحِيلَةُ أَن يَبِيعَ حِصَّتَهُ مِن الآخَرِ ثُمَّ يَشتَرِيَ كُلَّهَا بَعدَ مُضِيِّ نَوبَتِهِ أَو يَنتَفِعَ بِاللَّبَنِ بِمِقدَارٍ مَعلُومٍ استِقرَاضًا لنَصِيبِ صَاحِبِهِ، إذ قَرضُ المُشَاعِ جَائِزٌ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي المُهَايَأَةِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ قِسْمَةِ الأَعْيَانِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ قِسْمَةِ الأَعْرَاضِ وَهِيَ **المُهَايَأَةُ**، وَأَخَّرَهَا عَنْ قِسْمَةِ الأَعْيَانِ لكَوْنِهَا فَرْعًا عَلَيْهَا، وَإِخَالُ أَنَّ التَّرْجَمَةَ بِالبَابِ أَوْلَى، لأَنَّ الكَلامَ فِي بَابِ دَعْوَى الغَلَطِ وَالاسْتِحْقَاقِ وَالمُهَايَأَةُ لَيْسَتْ مِنْهُمَا لَكِنَّهَا بَابٌ مِنْ كِتَابِ القِسْمَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا فَصْلٌ مِنْ كِتَابِ القِسْمَةِ وَفِيهِ مَا فِيهِ. وَالمُهَايَأَةُ مُفَاعَلَةٌ مِنْ الهَيْئَةِ وَهِيَ الحَالَةُ الظَّاهِرَةُ لِلْمُتَهَيِّئِ لِلشَّيْءِ وَقَدْ تُبْدَلُ الهَمْزَةُ أَلِفًا، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ كُلاًّ مِنْهُمْ يَرْضَى بِهَيْئَةٍ وَاحِدَةٍ وَيَخْتَارُهَا، أَوْ أَنَّ الشَّرِيكَ الثَّانِي يَنْتَفِعُ بِالعَيْنِ عَلَى الهَيْئَةِ الَّتِي يَنْتَفِعُ بِهَا الشَّرِيكُ الأَوَّلُ. وَفِي عُرْفِ الفُقَهَاءِ: هِيَ عِبَارَةٌ عَنْ قِسْمَةِ المَنَافِعِ، وَهِيَ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا، وَالقِيَاسُ يَأْبَاهَا لأَنَّهَا مُبَادَلَةُ المَنْفَعَةِ بِجِنْسِهَا، إِذَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ فِي نَوْبَتِهِ يَنْتَفِعُ بِمِلْكِ شَرِيكِهِ عِوَضًا مِنْ انْتِفَاعِ الشَّرِيكِ بِمِلْكِهِ فِي نَوْبَتِهِ، لَكِنَّا تَرَكْنَا القِيَاسَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] وَهُوَ المُهَايَأَةُ بِعَيْنِهَا وَلِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا إِذْ يَتَعَذَّرُ الاجْتِمَاعُ عَلَى الانْتِفَاعِ فَأَشْبَهَ القِسْمَةَ، وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ جَبْرُ القَاضِي إِذَا **طَلَبَهَا بَعْضُ الشُّرَكَاءِ وَأَبَى غَيْرُهُ وَلَمْ يَطْلُبْ قِسْمَةَ العَيْنِ** كَمَا يَجْرِي فِي القِسْمَةِ إِلا أَنَّ القِسْمَةَ أَقْوَى مِنْهَا فِي اسْتِكْمَالِ المَنْفَعَةِ لأَنَّهُ جَمَعَ المَنَافِعَ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ.

وَالتَّهَايُؤُ جَمْعٌ عَلَى التَّعَاقُبِ وَلِهَذَا: أَيْ وَلِكَوْنِ القِسْمَةِ أَقْوَى إِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ القِسْمَةَ وَالآخَرُ المُهَايَأَةَ يَقْسِمُ القَاضِي لأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي التَّكْمِيلِ، وَلَوْ **وَقَعَتْ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ثُمَّ طَلَبَ أَحَدُهُمَا القِسْمَةَ** يُقْسَمُ وَتَبْطُلُ المُهَايَأَةُ وَلا تَبْطُلُ المُهَايَأَةُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلا بِمَوْتِهِمَا، لأَنَّهُ لَوْ انْتَقَضَتْ لاسْتَأْنَفَهُ الحَاكِمُ لِجَوَازِ أَنْ يَطْلُبَ الوَرَثَةُ المُهَايَأَةَ فَلا فَائِدَةَ فِي النَّقْضِ ثُمَّ الاسْتِئْنَافِ، وَلَوْ **تَهَايَآ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَ هَذَا طَائِفَةً وَهَذَا طَائِفَةً أَوْ هَذَا عُلْوَهَا وَهَذَا سُفْلَهَا** جَازَ لِمَا ذُكِرَ فِي المَتْنِ، فَالتَّهَايُؤُ فِي هَذَا الوَجْهِ وَهُوَ أَنْ يَسْكُنَ هَذَا فِي جَانِبٍ مِنْ الدَّارِ وَيَسْكُنَ هَذَا فِي جَانِبٍ آخَرَ مِنْهَا فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ إِفْرَازٌ لا مُبَادَلَةٌ لِتَحَقُّقِ مَعْنَاهُ، فَإِنَّ القَاضِيَ يَجْمَعُ جَمِيعَ مَنَافِعِ أَحَدِهِمَا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ بَعْدَ أَنْ كَانَتْ شَائِعَةً فِي البَيْتَيْنِ، وَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الآخَرِ وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّأْقِيتُ. وَلَوْ كَانَ مُبَادَلَةً كَانَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِالعِوَضِ فَيُلْحَقُ بِالإِجَارَةِ وَيُشْتَرَطُ التَّأْقِيتُ.

قِيلَ (قَوْلُهُ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِكَوْنِهِ إِفْرَازًا فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ إِفْرَازًا كَانَتْ المَنَافِعُ حَادِثَةً عَلَى مِلْكِهِ، وَمَنْ حَدَثَتْ المَنَافِعُ عَلَى مِلْكِهِ جَازَ أَنْ يَسْتَغِلَّ وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ فِي العَقْدِ ذَلِكَ وَهُوَ بِظَاهِرِ المَذْهَبِ، ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُبَادَلَةً كَانَ كَذَلِكَ أَيْضًا، وَالأَوْلَى أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءَ كَلامٍ لِنَفْيِ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّهُمَا إِذَا **تَهَايَآ وَلَمْ يَشْتَرِطَا الإِجَارَةَ فِي أَوَّلِ العَقْدِ** لَمْ يَمْلِكْ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْتَغِلَّ مَا أَصَابَهُ (وَلَوْ **تَهَايَآ فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ عَلَى أَنْ يَخْدُمَ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا** جَازَ، وَكَذَا هَذَا فِي البَيْتِ الصَّغِيرِ لأَنَّ المُهَايَأَةَ قَدْ تَكُونُ فِي الزَّمَانِ، مِنْ حَيْثُ المَكَانُ، وَالأَوَّلُ مُتَعَيِّنٌ هَاهُنَا) وَلَمْ يُذْكَرْ أَنَّ هَذَا إِفْرَازٌ أَوْ مُبَادَلَةٌ لأَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى صُورَةِ الإِفْرَازِ فَكَانَ مَعْلُومًا، فَإِذَا كَانَتْ **المُهَايَأَةُ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ وَالمَنْفَعَةُ مُتَفَاوِتَةٌ تَفَاوُتًا يَسِيرًا كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالأَرَاضِي** تُعْتَبَرُ إِفْرَازًا مِنْ وَجْهٍ مُبَادَلَةً مِنْ وَجْهٍ حَتَّى لا يَنْفَرِدَ أَحَدُهُمَا بِهَذِهِ المُهَايَأَةِ، وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَطْلُبْ الآخَرُ قِسْمَةَ الأَصْلِ أُجْبِرَ عَلَيْهَا.

وَقِيلَ تُعْتَبَرُ إِفْرَازًا مِنْ وَجْهٍ عَارِيَّةً مِنْ وَجْهٍ، لأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مُبَادَلَةً لَمَا جَازَتْ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ؛ لأَنَّهُ يَكُونُ مُبَادَلَةَ المَنْفَعَةِ بِجِنْسِهَا وَأَنَّهُ يَحْرُمُ رِبَا النَّسَاءِ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ

لأنَّ العَارِيَّةَ لَيْسَ فِيهَا عِوَضٌ وَهَذَا بِعِوَضٍ، وَرِبَا النِّسَاءِ ثَابِتٌ عِنْدَ أَحَدِ وَصْفَيْ العِلَّةِ بِالنَّصِّ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ فِيمَا هُوَ مُبَادَلَةٌ فِي الأَعْيَانِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَلا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ وَإِنْ **كَانَتْ فِي المَجْلِسِ المُخْتَلِفِ كَالدُّورِ وَالعَبِيدِ** تُعْتَبَرُ مُبَادَلَةً مِنْ كُلِّ وَجْهٍ حَتَّى لا تَجُوزَ بِدُونِ رِضَاهُمَا لأنَّ المُهَايَأَةَ قِسْمَةُ المَنَافِعِ، وَقِسْمَةُ المَنَافِعِ مُعْتَبَرَةٌ بِقِسْمَةِ الأَعْيَانِ، وَقِسْمَةُ الأَعْيَانِ اُعْتُبِرَتْ مُبَادَلَةً مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فِي الجِنْسِ المُخْتَلِفِ، فَكَذَا فِي قِسْمَةِ المَنَافِعِ، وَلَوْ **اخْتَلَفَا فِي التَّهَايُؤِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ وَالمَكَانُ فِي مَحَلٍّ يَحْتَمِلُهُمَا كَالدَّارِ مَثَلا بِأَنْ يَطْلُبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْكُنَ فِي مُقَدَّمِهَا وَصَاحِبُهُ فِي مُؤَخَّرِهَا وَالآخَرُ يَطْلُبُ أَنْ يَسْكُنَ جَمِيعَ الدَّارِ شَهْرًا وَصَاحِبُهُ شَهْرًا آخَرَ** يَأْمُرُهُمَا القَاضِي أَنْ يَتَّفِقَا، لأنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَزِيَّةً فَلا تَرْجِيحَ لأَحَدِهِمَا، إِذْ التَّهَايُؤُ فِي المَكَانِ أَعْدَلُ لاسْتِوَائِهِمَا فِي زَمَانِ الانْتِفَاعِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمٍ لأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ، وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ لأنَّ كُلاًّ مِنْهُمَا يَنْتَفِعُ بِجَمِيعِ جَوَانِبِ الدَّارِ فِي نَوْبَتِهِ، فَلا بُدَّ مِنْ الاتِّفَاقِ دَفْعًا لِلتَّحَكُّمِ، فَإِنْ اخْتَارَاهُ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ يُقْرَعُ فِي البِدَايَةِ نَفْيًا لِلتُّهْمَةِ (قَوْلُهُ وَلَوْ **تَهَايَآ فِي العَبْدَيْنِ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُقْسَمُ) أَيْ قَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْهُ) يَعْنِي رَوَى الخَصَّافُ عَنْهُ بِمِثْلِ مَا قَالَ المَشَايِخُ.

وَقَوْلُهُ (وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَقْسِمُ القَاضِي عِنْدَهُ أَيْضًا) قَالَ الكَرْخِيُّ: مَعْنَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنَّ **الدُّورَ لا تُقْسَمُ:** أَيْ أَنَّ القَاضِيَ لا يَقْسِمُهَا، فَإِنْ فَعَلَ جَازَ، وَعَلَى هَذَا تَجُوزُ القِسْمَةُ فِي الأُصُولِ فَكَذَا فِي المَنَافِعِ، وَتَعْلِيلُ الكِتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ (لأنَّ المَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ الخِدْمَةُ قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ) أَوْجَهُ لِبَقَاءِ قَوْلِهِ فِي الأُصُولِ بِلا تَأْوِيلٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَهَايَآ فِيهِمَا) وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الفَرْقِ) يَعْنِي بَيْنَ جَوَازِ **التَّهَايُؤِ فِي الاسْتِغْلالِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ** وَعَدَمِهِ فِي العَبْدِ الوَاحِدِ وَالدَّابَّةِ الوَاحِدَةِ. وَقَوْلُهُ (فَتَفُوتُ المُعَادَلَةُ) لأنَّ الاسْتِغْلالَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالاسْتِعْمَالِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ عَمَلَهُ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي لا يَكُونُ كَمَا كَانَ فِي الأَوَّلِ، لأنَّ القُوَى الجُسْمَانِيَّةَ مُتَنَاهِيَةٌ، وَقَوْلُهُ (وَلَوْ **زَادَتْ الغَلَّةُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا) يَعْنِي فِي الدَّارِ الوَاحِدَةِ.** وَقَوْلُهُ (فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الكَيْسَانِيَّاتِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ، لأنَّ قِسْمَةَ المَنْفَعَةِ تُعْتَبَرُ بِقِسْمَةِ العَيْنِ وَهِيَ عِنْدَهُ فِي الدَّارَيْنِ لا تَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إشَارَةً إلَى قَوْلِهِ وَالاعْتِدَالُ ثَابِتٌ فِي الحَالِ إلَخْ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالتَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ) يَعْنِي فِي الاسْتِخْدَامِ الخَالِي عَنْ الاسْتِغْلَالِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي أَعْيَانِ الرَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنْهُ) أَيْ مِنْ التَّفَاوُتِ مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ فِي العَبْدِ الوَاحِدِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ فِي أَحَدِهِمَا كِيَاسَةٌ وَحِذْقٌ وَلَبَاقَةٌ يُحَصِّلُ فِي الشَّهْرِ الوَاحِدِ مِنْ الغَلَّةِ مَا لا يَقْدِرُ عَلَيْهِ الآخَرُ. ثُمَّ التَّهَايُؤُ فِي اسْتِغْلَالِ العَبْدِ الوَاحِدِ لا يَجُوزُ بِالاتِّفَاقِ، فَفِي اسْتِغْلَالِ العَبْدَيْنِ أَوْلَى أَنْ لا يَجُوزَ، وَعُورِضَ بِأَنَّ مَعْنَى الإِفْرَازِ وَالتَّمْيِيزِ رَاجِعٌ فِي غَلَّةِ العَبْدَيْنِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِلُ إلَى الغَلَّةِ فِي الوَقْتِ الَّذِي يَصِلُ إلَيْهَا فِيهِ صَاحِبُهُ فَكَانَ كَالمُهَايَأَةِ فِي الخِدْمَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّفَاوُتَ يَمْنَعُ مِنْ رُجْحَانِ مَعْنَى الإِفْرَازِ، بِخِلَافِ الخِدْمَةِ؛ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ وَجْهِ الأَصَحِّ أَنَّ المَنَافِعَ فِي الخِدْمَةِ قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ.

وَقَوْلُهُ (وَالتَّهَايُؤُ فِي الخِدْمَةِ جُوِّزَ ضَرُورَةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا اعْتِبَارًا بِالتَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ وَبَيَانُ الضَّرُورَةِ مَا نَذْكُرُهُ بَعْدَ هَذَا أَنَّ المَنَافِعَ لا تَبْقَى فَتَتَعَذَّرُ قِسْمَتُهَا وَلا ضَرُورَةَ فِي الغَلَّةِ لِإِمْكَانِ قِسْمَتِهَا لِكَوْنِهَا أَعْيَانًا فَيَسْتَغِلَّانِهِ عَلَى طَرِيقِ الشَّرِكَةِ، ثُمَّ يَقْسِمَانِ مَا حَصَلَ مِنْ الغَلَّةِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: عَلَّلَ جَوَازَ **التَّهَايُؤِ فِي المَنَافِعِ** بِقَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ، لِأَنَّ المَنَافِعَ مِنْ حَيْثُ الخِدْمَةُ قَلَّمَا تَتَفَاوَتُ، وَعَلَّلَهُ هُنَا بِضَرُورَةِ تَعَذُّرِ القِسْمَةِ، وَفِي ذَلِكَ تَوَارُدُ عِلَّتَيْنِ مُسْتَقِلَّتَيْنِ عَلَى حُكْمٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَهُوَ بَاطِلٌ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ المَذْكُورَ مِنْ قَبْلُ تَتِمَّةُ هَذَا التَّعْلِيلِ، لِأَنَّ عِلَّةَ الجَوَازِ تَعَذُّرُ القِسْمَةِ وَقِلَّةُ التَّفَاوُتِ جَمِيعًا، لا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِلَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ) وَجْهٌ آخَرُ لِإِبْطَالِ القِيَاسِ **وَلا يَجُوزُ فِي الدَّابَّتَيْنِ** عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَالوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الرُّكُوبِ وَهُوَ قَوْلُهُ اعْتِبَارًا بِقِسْمَةِ الأَعْيَانِ إلَخْ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ نَخْلٌ أَوْ شَجَرٌ إلَخْ) وَاضِحٌ.

كتاب المزارعة

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ) اعلم أنَّ المُزارعة لُغة: مُفاعلة من الزَّرع. وفي الشَّريعة: هِيَ عقدٌ على الزَّرعِ ببعضِ الخارجِ. وهِيَ فاسدةٌ عِندَ أبي حنيفة، وقال: هي جائزة لما رُويَ أنَّ «أنَّ النَّبيَّ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ عامَلَ أهلَ خيبرَ على نصفِ ما يخرجُ من ثمرٍ أو زرعٍ»[1] ولأنَّهُ عقدُ شركةٍ بينَ المالِ والعملِ فيجوزُ اعتبارًا بالمضاربةِ والجامعُ دفعُ الحاجةِ، فإنَّ ذا المالِ قد لا يهتدي إلى العملِ والقويُّ عليه لا يجدُ المالَ، فمسَّت الحاجةُ إلى انعقادِ هذا العقدِ بينهُما بخلافِ دفعِ الغنمِ والدَّجاجِ ودُودِ القزِّ مُعاملةً بنصفِ الزَّوائدِ لأنَّهُ لا أثرَ هُناكَ للعملِ في تحصيلِها فلم تتحقَّق شركةٌ. ولهُ ما رُويَ «أنَّهُ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ نهى عن المُخابرةِ وهيَ المُزارعةُ»[2] ولأنَّهُ استئجارٌ ببعضِ ما يخرجُ من عملهِ فيكونُ في معنى قفيزِ الطَّحَّانِ، ولأنَّ الأجرَ مجهولٌ أو معدومٌ وكلُّ ذلكَ مُفسدٌ، ومُعاملةُ النَّبيِّ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ أهلَ خيبرَ كانَ خراجَ مُقاسمةٍ بطريقِ المنِّ والصُّلحِ وهُوَ جائزٌ (وإذا فسدت عندهُ فإن سقى الأرضَ وكربها ولم يخرج شيءٌ منهُ فلهُ أجرُ مثلهِ) لأنَّهُ في معنى إجارةٍ فاسدةٍ، وهذا إذا كانَ البذرُ من قبلِ صاحبِ الأرضِ. وإذا كانَ البذرُ من قبلهِ فعليهِ أجرُ مثلِ الأرضِ والخارجُ في الوجهينِ لصاحبِ البذرِ لأنَّهُ نماءُ ملكهِ وللآخرِ الأجرُ كما فصَّلنا، إلا أنَّ الفتوى على قولهما لحاجةِ النَّاسِ إليها ولظهورِ تعامُلِ الأُمَّةِ بها. والقياسُ يُتركُ بالتَّعامُلِ كما في الاستصناعِ

الشرح:

(كِتَابُ الْمُزَارَعَةِ): لَمَّا كَانَ الخَارِجُ فِي عَقْدِ المُزَارَعَةِ مِنْ أَنْوَاعِ مَا يَقَعُ فِيهِ القِسْمَةُ ذَكَرَ الْمُزَارَعَةَ بَعْدَهَا، وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعْنَاهَا لُغَةً وَشَرِيعَةً فَأَغْنَانَا عَنْ ذِكْرِهِ. وَسَبَبُهُ سَبَبُ المُعَامَلاتِ وَشَرْعِيَّتُهُ مُخْتَلَفٌ فِيهَا. قَالَ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ لِتَبْيِينِ مَحَلِّ النِّزَاعِ، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَيِّنْ أَصْلا أَوْ عَيَّنَ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً كَانَتْ فَاسِدَةً بِالإِجْمَاعِ (وَقَالا: هِيَ جَائِزَةٌ لِمَا رُوِيَ

---

(١) أخرجه البخاري في الحرث باب٨، ٩، ومسلم في المساقاة (١، ٣).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع (٨٣) عن جابر، (١٠٦) عن رافع، وانظر نصب الراية (٤/٤٥٦).

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى نِصْفِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ) وَلَمَّا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ مِنْ الْقِيَاسِ وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ لا أَثَرَ هُنَالِكَ لِلْعَمَلِ فِي تَحْصِيلِهَا) يَعْنِي لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ فِعْلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ وَهُوَ أَكْلُ الْحَيَوَانِ فَيُضَافُ إلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ مُضَافًا إلَيْهِ لا يُضَافُ إلَى غَيْرِهِ وَهُوَ الْعَامِلُ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ فِيهِ الشَّرِكَةُ.

(وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ الْمُخَابَرَةِ فَقِيلَ: وَمَا الْمُخَابَرَةُ؟ قَالَ: **الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ أَوْ الرُّبُعِ**» (وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ) فَإِنَّهَا لا تَصِحُّ بِدُونِ ذِكْرِ الْمُدَّةِ وَذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ الإِجَارَةِ (فَتَكُونُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَلِأَنَّ الأَجْرَ مَجْهُولٌ) عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِ الْخَارِجِ فَإِنَّهُ لا يَعْلَمُ أَنَّ نَصِيبَهُ الثُّلُثُ أَوْ الرُّبُعُ يَبْلُغُ مِقْدَارَ عَشَرَةِ أَقْفِزَةٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ (أَوْ مَعْدُومٌ) عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْخَارِجِ (وَكُلُّ ذَلِكَ مُفْسِدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ) وَهِيَ أَنْ يَقْسِمَ الإِمَامُ مَا يَخْرُجُ مِنْ الأَرْضِ وَكَانَ (بِطَرِيقِ الْمَنِّ وَالصُّلْحِ) لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ الْكُلَّ جَازَ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مَلَكَهَا غَنِيمَةً، فَكَانَ مَا تَرَكَ فِي أَيْدِيهِمْ فَضْلا وَلَمْ يُبَيِّنْ مُدَّةً مَعْلُومَةً، وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ عَقْدَ الْمُزَارَعَةِ لا يَصِحُّ إلا بِبَيَانِ **مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ** (وَهُوَ) أَيْ خَرَاجُ الْمُقَاسَمَةِ بِطَرِيقِ الْمَنِّ وَالصُّلْحِ (جَائِزٌ) فَلَمْ يَكُنْ الْحَدِيثُ حُجَّةً لِمُجَوِّزِهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ الْجَوَابَ عَنْ الْقِيَاسِ عَلَى الْمُضَارَبَةِ لِظُهُورِ فَسَادِهِ، فَإِنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَتَعَدَّى الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ إلَى فَرْعٍ هُوَ نَظِيرُهُ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ مَعْنَى الإِجَارَةِ فِيهَا أَغْلَبُ حَتَّى اُشْتُرِطَتْ فِيهَا الْمُدَّةُ بِخِلافِ الْمُضَارَبَةِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا فَسَدَتْ عِنْدَهُ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالْخَارِجُ فِي الْوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ، وَفِيمَا إذَا كَانَ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ، وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ) مَنْقُوضٌ بِمَنْ **غَصَبَ بَذْرًا فَزَرَعَهُ** فَإِنَّ الزَّرْعَ لَهُ وَإِنْ كَانَ نَمَاءَ مِلْكِ صَاحِبِ الْبَذْرِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْغَاصِبَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ وَتَحْصِيلِهِ، فَكَانَ إضَافَةُ الْحَادِثِ إلَى عَمَلِهِ أَوْلَى وَالْمُزَارِعُ عَامِلٌ بِأَمْرِ غَيْرِهِ فَجُعِلَ الْعَمَلُ مُضَافًا إلَى الآمِرِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فَصَّلْنَا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِهِ وَهَذَا إذَا كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ صَاحِبِ الأَرْضِ إلَخْ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا) وَاضِحٌ.

(ثُمَّ الْمُزَارَعَةُ لِصِحَّتِهَا عَلَى قَوْلِ مَنْ يُجِيزُهَا شُرُوطٌ: أَحَدُهَا كَوْنُ الأَرْضِ صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لا يَحْصُلُ بِدُونِهِ (وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ رَبُّ الأَرْضِ وَالْمُزَارِعُ مِنْ أَهْلِ

العَقدِ وَهُوَ لا يَختَصُّ بِهِ) لأنَّهُ عَقدَ مَا لا يَصِحُّ إلا مِن الأهل (وَالثَّالثُ بَيَانُ المُدَّةِ) لأنَّهُ عَقدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرضِ أَو مَنَافعِ العَامِلِ وَالمُدَّةُ هِيَ المِعيَارُ لَهَا لِيَعلَمَ بِهَا (وَالرَّابِعُ بَيَانُ مَن عَلَيهِ البَذرُ) قَطعًا لِلمُنَازَعَةِ وَإعلامًا لِلمَعقُودِ عَلَيهِ وَهُوَ مَنَافِعُ الأَرضِ أَو مَنَافِعُ العَامِلِ. (وَالخَامِسُ بَيَانُ نَصِيبِ مَن لا بَذرَ مِن قِبَلِهِ) لأنَّهُ يَستَحِقُّهُ عِوَضًا بِالشَّرطِ فَلا بُدَّ أَن يَكُونَ مَعلُومًا، وَمَا لا يُعلَمُ لا يَستَحِقُّ شَرطًا بِالعَقدِ. (وَالسَّادِسُ أَن يُخَلِّيَ رَبُّ الأَرضِ بَينَهَا وَبَينَ العَامِلِ، حَتَّى لَو شَرَطَ عَمَلَ رَبِّ الأَرضِ يُفسِدُ العَقدَ) لِفَوَاتِ التَّخلِيَةِ (وَالسَّابِعُ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ بَعدَ حُصُولِهِ) لأنَّهُ يَنعَقِدُ شَرِكَةً فِي الانتِهَاءِ، فَمَا يَقطَعُ هَذِهِ الشَّرِكَةَ كَانَ مُفسِدًا لِلعَقدِ (وَالثَّامِنُ بَيَانُ جِنسِ البَذرِ) لِيَصِيرَ الأَجرُ مَعلُومًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**بَيَانُ المُدَّة**) يُرِيدُ به مُدَّةً يُمْكِنُ خُرُوجُ الزَّرْعِ فِيهَا، حَتَّى لَوْ بَيَّنَ مُدَّةً لا يَتمَكَّنُ فِيهَا مِنْ المُزَارَعَةِ فَسَدَتْ المُزَارَعَةُ، وَكَذَا إذَا بَيَّنَ مُدَّةً لا يَعِيشُ أَحَدُهُمَا إلَى مِثْلِهَا غَالبًا لأَنَّهُ يَصِيرُ فِي مَعْنَى اشْتِرَاط بَقَاءِ العَقْدِ إلَى مَا بَعْدَ المَوْت. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ لأَنَّ عَقْدَ المُزَارَعَةِ (عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرْضِ) يَعْنِي إذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَل العَامِل (أَوْ مَنَافِعِ العَامِل) يَعْنِي إذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَل رَبِّ الأَرْضِ، وَالمُدَّةُ هِيَ المِعْيَارُ لَهَا أَيْ لِلمَنَافِعِ بِمَنْزِلَةِ الكَيْل أَوْ الوَزْن. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَيْ المَعْقُودُ عَلَيْه مَنَافِعُ الأَرْضِ) إنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَل العَامِل (أَوْ مَنَافِعِ العَامِل) إنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَل رَبِّ الأَرْضِ، فَفِي الأَوَّل العَامِلُ مُسْتَأْجِرٌ لِلأَرْضِ، وَفِي الثَّانِي رَبُّ الأَرْضِ مُسْتَأْجِرٌ لِلعَامِل فَلا بُدَّ مِنْ بَيَان ذَلكَ بِالإِعْلامِ. وَقَوْلُهُ (فَمَا يَقْطَعُ هَذه الشَّرِكَةَ كَانَ مُفْسِدًا لِلعَقْد) لأَنَّهُ إذَا شَرَطَ فِيهَا مَا يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ فِي الخَارِجِ يَقَعُ إجَارَةً مَحْضَةً، وَالقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَ الإِجَارَةِ المَحْضَةِ بِأَجْرٍ مَعْدُومٍ.

وَقَوْلُهُ (**بَيَانُ جِنسِ البَذْرِ**) وَجْهُ القِيَاسِ لِيَصِيرَ الأَجْرُ مَعْلُومًا إذَا هُوَ جُزْءٌ مِنْ الخَارِجِ فَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِه لِيُعْلَمَ أَنَّ الخَارِجَ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ عَسَى أَنْ لا يَرْضَى، لأَنَّهُ رُبَّمَا يُعْطَى بَذْرًا لا يَحْصُلُ الخَارِجُ بِهِ إلا بِعَمَلٍ كَثِيرٍ وَفِي الاسْتِحْسَان بَيَانُ مَا يُزْرَعُ فِي الأَرْضِ لَيْسَ بِشَرْط، فَوَّضَ الرَّأْيَ إلَى المُزَارِعِ أَوْ لَمْ يُفَوِّضْ بَعْدَ أَنْ يَنُصَّ عَلَى المُزَارَعَةِ فَإِنَّهُ مُفَوَّضٌ إلَيْه.

قَالَ (وَهِيَ عِندَهُمَا عَلَى أَربَعَةِ أَوجُهٍ: إن كَانَت الأَرضُ وَالبَذرُ لِوَاحِدٍ وَالبَقَرُ وَالعَمَلُ لِوَاحِدٍ جَازَت المُزَارَعَةُ) لأَنَّ البَقَرَ آلَةُ العَمَلِ فَصَارَ كَمَا إذَا استَأجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ بِإِبرَةِ الخَيَّاطِ، (وَإِن كَانَ الأَرضُ لِوَاحِدٍ وَالعَمَلُ وَالبَقَرُ وَالبَذرُ لِوَاحِدٍ جَازَت) لأَنَّهُ استِئجَارُ الأَرضِ بِبَعضٍ مَعلُومٍ مِن الخَارِجِ فَيَجُوزُ كَمَا إذَا استَأجَرَهَا بِدَرَاهِمَ مَعلُومَةٍ (وَإِن كَانَت الأَرضُ وَالبَذرُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالعَمَلُ مِن آخَرَ جَازَت) لأَنَّهُ استَأجَرَهُ لِلعَمَلِ بِآلَةِ المُستَأجِرِ فَصَارَ كَمَا إذَا استَأجَرَ خَيَّاطًا لِيَخِيطَ ثَوبَهُ بِإِبرَتِهِ أَو طَيَّانًا لِيُطَيِّنَ بِمَرِّهِ (وَإِن كَانَت الأَرضُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالبَذرُ وَالعَمَلُ لآخَرَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَيضًا، لأَنَّهُ لَو شَرَطَ البَذرَ وَالبَقَرَ عَلَيهِ يَجُوزُ فَكَذَا إذَا شَرَطَ وَحدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ العَامِلِ. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ مَنفَعَةَ البَقَرِ لَيسَت مِن جِنسِ مَنفَعَةِ الأَرضِ.

لأَنَّ مَنفَعَةَ الأَرضِ قُوَّةٌ فِي طَبعِهَا يَحصُلُ بِهَا النَّمَاءُ، وَمَنفَعَةُ البَقَرِ صَلاحِيَةٌ يُقَامُ بِهَا العَمَلُ كُلُّ ذَلِكَ بِخَلقِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَم يَتَجَانَسَا فَتَعَذَّرَ أَن تُجعَلَ تَابِعَةً لَهَا، بِخِلافِ جَانِبِ العَامِلِ لأَنَّهُ تَجَانَسَت المَنفَعَتَانِ فَجُعِلَت تَابِعَةً لِمَنفَعَةِ العَامِلِ. وَهَاهُنَا وَجهَانِ آخَرَانِ لَم يَذكُرهُمَا: أَحَدُهُمَا أَن يَكُونَ البَذرُ لأَحَدِهِمَا وَالأَرضُ وَالبَقَرُ وَالعَمَلُ لآخَرَ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ يَتِمُّ شَرِكَةً بَينَ البَذرِ وَالعَمَلِ وَلَم يَرِد بِهِ الشَّرعُ. وَالثَّانِي أَن يُجمَعَ بَينَ البَذرِ وَالبَقَرِ. وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَيضًا لأَنَّهُ لا يَجُوزُ عِندَ الانفِرَادِ فَكَذَا عِندَ الاجتِمَاعِ، وَالخَارِجُ فِي الوَجهَينِ لِصَاحِبِ البَذرِ فِي رِوَايَةٍ اعتِبَارًا بِسَائِرِ المُزَارَعَاتِ الفَاسِدَةِ، وَفِي رِوَايَةٍ لِصَاحِبِ الأَرضِ وَيَصِيرُ مُستَقرِضًا لِلبَذرِ قَابِضًا لَهُ لاتِّصَالِهِ بِأَرضِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَة أَوْجُه) قِيَامُ المُزَارَعَة بِأَرْبَعَة أَشْيَاء: الأَرْضُ، وَالبَذْرُ، وَالعَمَلُ، وَالبَقَرُ لا مَحَالَةَ، ثُمَّ إمَّا أَنْ يَكُونَ الجَمِيعُ لأَحَدهمَا أَوَّلا، لا سَبِيلَ إلَى الأَوَّل لأَنَّ المُزَارَعَةَ شَرِكَةٌ فِي الانْتِهَاء وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَحَد الجَانِبَيْنِ شَيْءٌ لَمْ تُتَصَوَّرْ الشَّرِكَةُ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَهُوَ إمَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا بِالتَّنْصِيف أَوْ بِإِثْبَات الأَكْثَر، وَالأَوَّلُ عَلَى وَجْهَيْنِ عَلَى مَا هُوَ المَذْكُورُ فِي المُخْتَصَر: أَنْ يَكُونَ الأَرْضُ وَالبَذْرُ لِوَاحِد

وَالعَمَلُ وَالبَقَرُ لآخَرَ وَهُوَ الوَجْهُ الأَوَّلُ فِي الكِتَابِ، وَأَنْ يَكُونَ الأَرْضُ وَالبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالبَذْرُ وَالعَمَلُ لآخَرَ وَهُوَ الوَجْهُ الرَّابِعُ فِيهِ. وَالثَّانِي أَيْضًا عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالبَاقِي لآخَرَ وَهُوَ الوَجْهُ الثَّانِي، وَالآخَرُ أَنْ يَكُونَ العَمَلُ لأَحَدِهِمَا وَالبَاقِي لآخَرَ وَهُوَ الوَجْهُ الثَّالِثُ، وَهِيَ جَائِزَةٌ إلا الرَّابِعَ. وَوَجْهُ كُلِّ وَاحِدٍ مَذْكُورٌ فِي الكِتَابِ وَسَأُوَضِّحُهُ. وَالمَذْكُورُ مِنْ بُطْلانِ الرَّابِعِ هُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا.

وَاعْلَمْ أَنَّ مَبْنَى جَوَازِ هَذِهِ المَسَائِلِ وَفَسَادَهَا عَلَى أَنَّ المُزَارَعَةَ تَنْعَقِدُ إِجَارَةً وَتَتِمُّ شَرِكَةً، وَانْعِقَادُهَا إِجَارَةً إِنَّمَا هُوَ عَلَى مَنْفَعَةِ الأَرْضِ أَوْ مَنْفَعَةِ العَامِلِ دُونَ غَيْرِهِمَا مِنْ مَنْفَعَةِ البَقَرِ وَالبَذْرِ لأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ الخَارِجِ. وَالقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ لا يَجُوزَ فِي الأَرْضِ وَالعَامِلُ أَيْضًا، لَكِنَّا جَوَّزْنَاهُ بِالنَّصِّ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ، وَإِنَّمَا وَرَدَ النَّصُّ فِيهِمَا دُونَ البَذْرِ وَالبَقَرِ.

أَمَّا فِي الأَرْضِ فَأَثَرُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَتَعَامَلَ النَّاسُ فَإِنَّهُمْ تَعَامَلُوا اشْتِرَاطَ البَذْرِ عَلَى المُزَارِعِ وَحِينَئِذٍ كَانَ مُسْتَأْجِرًا لِلأَرْضِ بِبَعْضِ الخَارِجِ وَأَمَّا فِي العَامِلِ فَفِعْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَعَ أَهْلِ خَيْبَرَ وَالتَّعَامُلُ فَإِنَّهُمْ رُبَّمَا كَانُوا يَشْتَرِطُونَ البَذْرَ عَلَى صَاحِبِ الأَرْضِ فَكَانَ حِينَئِذٍ مُسْتَأْجِرًا لِلعَامِلِ بِذَلِكَ فَاقْتَصَرْنَا عَلَى الجَوَازِ بِالنَّصِّ فِيهِمَا وَبَقِيَ غَيْرُهُمَا عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ، فَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ صُوَرِ الجَوَازِ فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ اسْتِئْجَارِ الأَرْضِ أَوْ العَامِلِ بِبَعْضِ الخَارِجِ، أَوْ كَانَ المَشْرُوطُ عَلَى أَحَدِهِمَا شَيْئَيْنِ مُتَجَانِسَيْنِ، وَلَكِنَّ المَنْظُورَ فِيهِ هُوَ اسْتِئْجَارُ الأَرْضِ أَوْ العَامِلِ بِذَلِكَ لِكَوْنِهِ مَوْرِدَ الأَثَرِ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ صُوَرِ العَدَمِ فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ اسْتِئْجَارِ الآخَرِينَ، أَوْ كَانَ المَشْرُوطُ عَلَى أَحَدِهِمَا شَيْئَيْنِ غَيْرِ مُتَجَانِسَيْنِ وَلَكِنَّ المَنْظُورَ إِلَيْهِ ذَلِكَ: وَالضَّابِطُ فِي مَعْرِفَةِ التَّجَانُسِ مَا فُهِمَ مِنْ كَلامِهِ وَهُوَ أَنَّ مَا صَدَرَ فِعْلُهُ عَنْ القُوَّةِ الحَيَوَانِيَّةِ فَهُوَ جِنْسٌ وَمَا صَدَرَ عَنْ غَيْرِهَا فَهُوَ جِنْسٌ آخَرُ.

فَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَلا عَلَيْنَا فِي تَطْبِيقِ الوُجُوهِ عَلَى الأَصْلِ المَذْكُورِ، فَأَمَّا الوَجْهُ الأَوَّلُ فَهُوَ مِمَّا كَانَ المَشْرُوطُ عَلَى أَحَدِهِمَا شَيْئَيْنِ مُتَجَانِسَيْنِ، فَإِنَّ الأَرْضَ وَالبَذْرَ مِنْ جِنْسٍ وَالعَمَلَ وَالبَقَرَ مِنْ جِنْسٍ؛ وَالمَنْظُورُ إِلَيْهِ الاسْتِئْجَارُ يُجْعَلُ كَأَنَّ العَامِلَ اسْتَأْجَرَ

الأَرْضَ أَوْ رَبُّ الأَرْضِ اسْتَأْجَرَ العَامِلَ، وَالوَجْهُ الثَّانِي وَالثَّالِثُ مِمَّا فِيه اسْتِئْجَارُ الأَرْضِ وَالعَامِلِ، وَأَمَّا الوَجْهُ الرَّابِعُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَبَاطِلٌ، لأَنَّ المَشْرُوطَ شَيْئَانِ غَيْرُ مُتَجَانِسَيْنِ فَلا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا تَابِعًا للآخَرِ، بِخِلافِ المُتَجَانِسَيْنِ فَإِنَّ الأَشْرَافَ أَوْ الأَصْلَ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَتْبِعَ الأَخَسَّ وَالفَرْعَ.

وَوَجْهُ غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ: **لَوْ شَرَطَ البَذْرَ وَالبَقَرَ عَلَيْه: أَيْ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ** جَازَ، فَكَذَا إِذَا شَرَطَ البَقَرَ وَحْدَهُ وَصَارَ كَجَانِبِ العَمَلِ إِذَا شَرَطَ البَقَرَ عَلَيْه، وَالجَوَابُ أَنَّ البَذْرَ إِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الأَرْضِ اسْتَتْبَعَتْهُ للتَّجَانُسِ وَضَعُفَ جِهَةُ البَقَرِ مَعَهُمَا فَكَانَ اسْتِئْجَارًا للعَامِلِ. وَأَمَّا إِذَا اجْتَمَعَ الأَرْضُ وَالبَقَرُ فَلَمْ تَسْتَتْبِعْهُ، وَكَذَا فِي الجَانِبِ الآخَرِ فَكَانَ فِي كُلٍّ مِنْ الجَانِبَيْنِ مُعَارَضَةٌ بَيْنَ اسْتِئْجَارِ الأَرْضِ وَغَيْرِ الأَرْضِ وَالعَامِلِ وَغَيْرِهِ فَكَانَ بَاطِلا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: اسْتِئْجَارُ الأَرْضِ وَالعَامِلِ مَنْصُوصٌ عَلَيْه دُونَ الآخَرِينَ فَكَانَ أَرْجَحَ، وَيَلْزَمُ الجَوَازُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ النَّصَّ فِي المُزَارَعَةِ لَمَّا وَرَدَ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ عَلَى مَا مَرَّ ضَعَّفَ العَمَلَ بِهِ مَعَ وُجُودِ المُعَارِضِ. وَقَوْلُهُ كُلُّ ذَلِكَ بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى لا مَدْخَلَ لَهُ فِي الدَّلِيلِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ لأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ إِلَى قُوَّةٍ فِي طَبْعِهَا تُوُهِّمَ أَنْ يُنْسَبَ إِلَى القَوْلِ بِالطَّبِيعَةِ فَدَفَعَ ذَلِكَ. وَهَاهُنَا وَجْهَانِ آخَرَانِ لَمْ يَذْكُرْهُمَا القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُمَا فَاسِدَانِ، وَقَدْ ذَكَرَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهَ ذَلِكَ.

وَبَقِيَ عَلَيْه إِشْكَالٌ، وَهُوَ أَنَّ صَاحِبَ الأَرْضِ لَمْ يُسَلِّمْ الأَرْضَ إِلَى صَاحِبِ البَذْرِ فَيَسْتَوْجِبُ عَلَيْه أَجْرَ مِثْلِ أَرْضِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَنْفَعَةَ العَامِلِ وَمَنْفَعَةَ الأَرْضِ صَارَتَا مُسَلَّمَتَيْنِ إِلَى صَاحِبِ البَذْرِ لِسَلامَةِ الخَارِجِ لَهُ حُكْمًا وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ تُخْرِجْ الأَرْضُ شَيْئًا لأَنَّ عَمَلَ العَامِلِ بِأَمْرِهِ فِي إِلْقَاءِ بَذْرِهِ كَعَمَلِهِ بِنَفْسِهِ فَيَسْتَوْجِبُ عَلَيْه أَجْرَ مِثْلِهِ فِي الوَجْهَيْنِ. وَثَمَّةَ وَجْهٌ آخَرُ لَمْ يَذْكُرَاهُ: أَيْ القُدُورِيُّ وَصَاحِبُ الهِدَايَةِ جَمِيعًا وَهُوَ أَنْ **يَشْتَرِكَ أَرْبَعَةٌ عَلَى أَنْ يَكُونَ البَذْرُ مِنْ وَاحِدٍ وَالعَمَلُ مِنْ آخَرَ وَالأَرْضُ مِنْ آخَرَ وَالبَقَرُ مِنْ آخَرَ.**

قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ الآثَارِ: أَخْبَرَنَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ الأَوْزَاعِيُّ عَنْ وَاصِلِ بْنِ أَبِي جَمِيلٍ عَنْ مُجَاهِدٍ «أَنَّهُ وَقَعَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَلْغَى رَسُولُ اللَّهِ

ﷺ صَاحِبَ الأَرْضِ وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الفَدَّانِ أَجْرًا مُسَمًّى وَجَعَلَ لِصَاحِبِ العَمَلِ دِرْهَمًا لِكُلِّ يَوْمٍ وَأَلْحَقَ الزَّرْعَ كُلَّهُ لِصَاحِبِ البَذْرِ» فَهَذِهِ مُزَارَعَةٌ فَاسِدَةٌ لِمَا فِيهَا مِنْ اشْتِرَاطِ الفَدَّانِ عَلَى أَحَدِهِمَا مَقْصُودًا بِهِ، وَفِيهَا الخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذْرِهِ. وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَلْغَى صَاحِبَ الأَرْضِ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا مِنْ الخَارِجِ لا أَنَّهُ لا يَسْتَوْجِبُ أَجْرَ مِثْلِ الأَرْضِ وَأَعْطَى لِصَاحِبِ العَمَلِ كُلَّ يَوْمٍ دِرْهَمًا لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَجْرَ الفَدَّانِ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا مِنْ أَجْرِ العَامِلِ.

قَالَ (وَلا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ إلا عَلَى مُدَّةٍ مَعلُومَةٍ) لِمَا بَيَّنَّا (وَأَن يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَينَهُمَا) تَحقِيقًا لِمَعنَى الشَّرِكَةِ (فَإِن شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفزَانًا مُسَمَّاةً فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ بِهِ تَنقَطِعُ الشَّرِكَةُ لِأَنَّ الأَرضَ عَسَاهَا لا تُخرِجُ إلا هَذَا القَدرَ، فَصَارَ كَاشتِرَاطِ دَرَاهِمَ مَعدُودَةٍ لِأَحَدِهِمَا فِي المُضَارَبَةِ، وَكَذَا إذَا شَرَطَا أَن يَرفَعَ صَاحِبُ البَذرِ بَذرَهُ وَيَكُونَ البَاقِي بَينَهُمَا نِصفَينِ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى قَطعِ الشَّرِكَةِ فِي بَعضٍ مُعَيَّنٍ أَو فِي جَمِيعِهِ بِأَن لَم يُخرِج إلا قَدرَ البَذرِ فَصَارَ كَمَا إذَا شَرَطَا رَفعَ الخَرَاجِ، وَالأَرضُ خَرَاجِيَّةٌ وَأَن يَكُونَ البَاقِي بَينَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، بِخِلافِ مَا إذَا شَرَطَ صَاحِبُ البَذرِ عُشرَ الخَارِجِ لِنَفسِهِ أَو لِلآخَرِ وَالبَاقِي بَينَهُمَا لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ مُشَاعٌ فَلا يُؤَدِّي إلَى قَطعِ الشَّرِكَةِ، كَمَا إذَا شَرَطَا رَفعَ العُشرِ، وَقِسمَةُ البَاقِي بَينَهُمَا وَالأَرضُ عُشرِيَّةٌ.

قَالَ (وَكَذَا إذَا شَرَطَا مَا عَلَى المَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَّاقِي) مَعنَاهُ لِأَحَدِهِمَا، لِأَنَّهُ إذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا زَرعَ مَوضِعٍ مُعَيَّنٍ أَفضَى ذَلِكَ إلَى قَطعِ الشَّرِكَةِ، لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ لا يَخرُجُ إلا مِن ذَلِكَ المَوضِعِ، وَعَلَى هَذَا إذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا مَا يَخرُجُ مِن نَاحِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَلِلآخَرِ مَا يَخرُجُ مِن نَاحِيَةٍ أُخرَى (وَكَذَا إذَا شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا التِّبنَ وَلِلآخَرِ الحَبَّ) لِأَنَّهُ عَسَى أَن يُصِيبَهُ آفَةٌ فَلا يَنعَقِدُ الحَبُّ وَلا يَخرُجُ إلا التِّبنُ (وَكَذَا إذَا شَرَطَا التِّبنَ نِصفَينِ وَالحَبُّ لِأَحَدِهِمَا بِعَينِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى قَطعِ الشَّرِكَةِ فِيمَا هُوَ المَقصُودُ وَهُوَ الحَبُّ (وَلَو شَرَطَ الحَبَّ نِصفَينِ وَلَم يَتَعَرَّضَا لِلتِّبنِ صَحَّت) لِاشتِرَاطِهِمَا الشَّرِكَةَ فِيمَا هُوَ المَقصُودُ، (ثُمَّ التِّبنُ يَكُونُ لِصَاحِبِ البَذرِ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ بَذرِهِ وَفِي حَقِّهِ لا يَحتَاجُ إلَى الشَّرطِ. وَالمُفسِدُ هُوَ الشَّرطُ، وَهَذَا سُكُوتٌ عَنهُ. وَقَالَ مَشَايِخُ بَلخِي رَحِمَهُمُ اللَّهُ: التِّبنُ بَينَهُمَا أَيضًا اعتِبَارًا لِلعُرفِ فِيمَا لَم يَنُصَّ عَلَيهِ المُتَعَاقِدَانِ، وَلِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلحَبِّ وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرطِ الأَصلِ. (وَلَو

شَرَطَا الحَبَّ نِصفَينِ وَالتِّبنَ لِصَاحِبِ البَذرِ صَحَّت) لأَنَّهُ حُكمُ العَقدِ (وَإِن شَرَطَا التِّبنَ لِلآخَرِ فَسَدَت) لأَنَّهُ شَرطٌ يُؤَدِّي إِلَى قَطعِ الشَّرِكَةِ بِأَن لا يَخرُجَ إِلا التِّبنُ وَاستِحقَاقُ غَيرِ صَاحِبِ البَذرِ بِالشَّرطِ.

قَالَ (وَإِذَا صَحَّت المُزَارَعَةُ فَالخَارِجُ عَلَى الشَّرطِ) لِصِحَّةِ الالتِزَامِ (وَإِن لَم تُخرِجِ الأَرضُ شَيئًا فَلا شَيءَ لِلعَامِلِ) لأَنَّهُ يَستَحِقُّهُ شَرِكَةً، وَلا شَرِكَةَ فِي غَيرِ الخَارِجِ، وَإِن كَانَت إِجَارَةً فَالأَجرُ مُسَمًّى فَلا يَستَحِقُّ غَيرَهُ، بِخِلافِ مَا إِذَا فَسَدَت لأَنَّ أَجرَ المِثلِ فِي الذِّمَّةِ وَلا تَفُوتُ الذِّمَّةُ بِعَدَمِ الخَارِجِ قَالَ (وَإِذَا فَسَدَت فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذرِ) لأَنَّهُ نَمَاءُ مِلكِهِ، وَاستِحقَاقُ الأَجرِ بِالتَّسمِيَةِ وَقَد فَسَدَت فَبَقِيَ النَّمَاءُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ البَذرِ.

قَالَ (وَلَو كَانَ البَذرُ مِن قِبَلِ رَبِّ الأَرضِ فَلِلعَامِلِ أَجرُ مِثلِهِ لا يُزَادُ عَلَى مِقدَارِ مَا شَرَطَ لَهُ مِن الخَارِجِ) لأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجرُ مِثلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ، لأَنَّهُ استَوفَى مَنَافِعَهُ بِعَقدٍ فَاسِدٍ فَتَجِبُ عَلَيهِ قِيمَتُهَا إِذ لا مِثلَ لَهَا) وَقَد مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ (وَإِن كَانَ البَذرُ مِن قِبَلِ العَامِلِ فَلِصَاحِبِ الأَرضِ أَجرُ مِثلِ أَرضِهِ) لأَنَّهُ استَوفَى مَنَافِعَ الأَرضِ بِعَقدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَد تَعَذَّرَ. وَلا مِثلَ لَهَا فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا. وَهَل يُزَادُ عَلَى مَا شَرَطَ لَهُ مِن الخَارِجِ؟ فَهُوَ عَلَى الخِلافِ الَّذِي ذَكَرنَاهُ (وَلَو جَمَعَ بَينَ الأَرضِ وَالبَقَرِ حَتَّى فَسَدَت المُزَارَعَةُ فَعَلَى العَامِلِ أَجرُ مِثلِ الأَرضِ وَالبَقَرِ) هُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّ لَهُ مَدخَلا فِي الإِجَارَةِ وَهِيَ إِجَارَةٌ مَعنًى (وَإِذَا استَحَقَّ رَبُّ الأَرضِ الخَارِجَ لِبَذرِهِ فِي المُزَارَعَةِ الفَاسِدَةِ طَابَ لَهُ جَمِيعُهُ) لأَنَّ النَّمَاءَ حَصَلَ فِي أَرضٍ مَملُوكَةٍ لَهُ (وَإِن استَحَقَّهُ العَامِلُ أَخَذَ قَدرَ بَذرِهِ وَقَدرَ أَجرِ الأَرضِ وَتَصَدَّقَ بِالفَضلِ) لأَنَّ النَّمَاءَ يَحصُلُ مِن البَذرِ وَيَخرُجُ مِن الأَرضِ، وَفَسَادُ المِلكِ فِي مَنَافِعِ الأَرضِ أَوجَبَ خُبثًا فِيهِ. فَمَا سُلِّمَ لَهُ بِعِوَضٍ طَابَ لَهُ وَمَا لا عِوَضَ لَهُ تَصَدَّقَ بِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ إِلا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ إِلَخْ) مَعْلُومِيَّةُ مُدَّةِ المُزَارَعَةِ شَرْطُ جَوَازِهَا لِمَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَوْلَهُ فِي بَيَانِ شُرُوطِهَا. وَالثَّالِثُ بَيَانُ المُدَّةِ لأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعِ الأَرْضِ إِلَخْ. وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ وُجُودُهُ شَرْطًا لِلجَوَازِ فَعَدَمُهُ مَانِعٌ عَنْهُ، لأَنَّ الشَّرْطَ لازِمٌ وَانْتِفَاؤُهُ يَسْتَلزِمُ انْتِفَاءَ المَلزُومِ، وَكَذَا شُيُوعُ الخَارِجِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى

الشَّرِكَةِ شَرْطُ الجَوَازِ، فَإِذَا انْتَفَى فَسَدَتْ.

وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إذَا شَرَطَا رَفْعَ الخَرَاجِ) وَالأَرْضُ خَرَاجِيَّةٌ، وَالخَرَاجُ خَرَاجُ وَظِيفَةٍ بِأَنْ يَكُونَ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً بِحَسَبِ الخَارِجِ وَقُفْزَانًا مَعْلُومَةً. **وَأَمَّا إذَا كَانَ خَرَاجَ مُقَاسَمَةٍ وَهُوَ جُزْءٌ مِنَ الخَارِجِ مُشَاعًا نَحْوُ الثُّلُثِ أَوْ الرُّبُعِ** فَإِنَّهُ لا تَفْسُدُ المُزَارَعَةُ بِهَذَا الشَّرْطِ. وَالمَاذِيَانَاتُ جَمْعُ المَاذِيَانِ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنَ النَّهْرِ وَأَعْظَمُ مِنْ الجَدْوَلِ، وَقِيلَ مَا يَجْتَمِعُ فِيهِ مَاءُ السَّيْلِ ثُمَّ تُسْقَى مِنْهُ الأَرْضُ. وَالسَّوَاقِي جَمْعُ السَّاقِيَةِ وَهُوَ فَوْقُ الجَدْوَلِ وَدُونَ النَّهْرِ. كَذَا فِي المُغْرِبِ.

وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا لِلعُرْفِ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ المُتَعَاقِدَانِ) فَإِنَّ العُرْفَ عِنْدَهُمْ أَنَّ الحَبَّ وَالتِّبْنَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَتَحْكِيمُ العُرْفِ عِنْدَ الاشْتِبَاهِ وَاجِبٌ. وَقَوْلُهُ (وَالتَّبَعُ يَقُومُ بِشَرْطِ الأَصْلِ) يَعْنِي لَمَّا كَانَ الأَصْلُ وَهُوَ الحَبُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا بِاشْتِرَاطِهِمَا فِيهِ نَصًّا كَانَ التَّبَعُ وَهُوَ التِّبْنُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا أَيْضًا تَبَعًا لِلأَصْلِ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا فِيهِ الشَّرِكَةَ فَكَانَ مَعْنَاهُ وَالتَّبَعُ يَتَّصِفُ بِصِفَةِ الأَصْلِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ حُكْمُ العَقْدِ) يَعْنِي أَنَّهُمَا لَوْ سَكَتَا عَنْ ذِكْرِ التِّبْنِ كَانَ التِّبْنُ لِصَاحِبِ البَذْرِ لأَنَّهُ مُوجِبُ العَقْدِ، فَإِذَا نَصَّا عَلَيْهِ كَأَنَّمَا صَرَّحَا بِمَا هُوَ مُوجِبُ العَقْدِ فَلا يَتَغَيَّرُ بِهِ وَصْفُ العَقْدِ، فَكَانَ وُجُودُ الشَّرْطِ وَعَدَمُهُ سَوَاءً. وَأَمَّا إذَا شَرَطَا التِّبْنَ لِغَيْرِ صَاحِبِ البَذْرِ فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهُ يَكُونُ بِالشَّرْطِ لأَنَّهُ لَيْسَ حُكْمَ العَقْدِ، وَذَلِكَ شَرْطٌ يُؤَدِّي إلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ بِأَنْ يَخْرُجَ إلا التِّبْنُ، وَكُلُّ شَرْطٍ شَأْنُهُ ذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلعَقْدِ فَكَانَتْ المُزَارَعَةُ فَاسِدَةً.

قَالَ (**وَإِذَا صَحَّتْ المُزَارَعَةُ فَالخَارِجُ** عَلَى الشَّرْطِ) المُزَارَعَةُ إمَّا أَنْ تَكُونَ صَحِيحَةً أَوْ فَاسِدَةً، فَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً فَأَمَّا إنْ أَخْرَجَتْ الأَرْضُ شَيْئًا أَوْ لَمْ تُخْرِجْ، فَإِنْ أَخْرَجَتْ فَالخَارِجُ عَلَى مَا شَرَطَا لِصِحَّةِ الالتِزَامِ، فَإِنَّ العَقْدَ إذَا كَانَ صَحِيحًا يَجِبُ فِيهِ المُسَمَّى وَهَذَا عَقْدٌ صَحِيحٌ فَيَجِبُ فِيهِ المُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ تُخْرِجْ فَلا شَيْءَ لِلعَامِلِ لأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ شَرِكَةً: يَعْنِي فِي الانْتِهَاءِ، وَلا شَرِكَةَ فِي غَيْرِ الخَارِجِ. فَإِنْ قِيلَ: كَانَتْ المُزَارَعَةُ إجَارَةً ابْتِدَاءً فَلا بُدَّ مِنْ الأُجْرَةِ: أَجَابَ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ كَانَتْ المُزَارَعَةُ إجَارَةً فَالأَجْرُ مُسَمًّى وَقَدْ فَاتَ فَلا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ.

وَاسْتَشْكَلَ بِمَنْ **اسْتَأْجَرَ رَجُلا بِعَيْنِ فِعْلِ الأَجِيرِ وَهَلَكَتْ العَيْنُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ**

فَإِنَّهُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ الْمِثْلِ كَمَلا فَلْيَكُنْ هَذَا مِثْلَهُ، لأَنَّ الْمُزَارَعَةَ قَدْ صَحَّتْ وَالأَجْرُ مُسَمًّى وَهَلَكَ الأَجْرُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَجْرَ هَاهُنَا هَلَكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ لأَنَّ الْمُزَارِعَ قَبَضَ الْبَذْرَ الَّذِي يَتَفَرَّعُ مِنْهُ الْخَارِجُ وَقَبْضُ الأَصْلِ قَبْضٌ لِفَرْعِهِ وَالأُجْرَةُ الْعَيْنُ إِذَا هَلَكَتْ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَى الأَجِيرِ لا يَجِبُ لِلأَجِيرِ شَيْءٌ آخَرُ فَكَذَا هَاهُنَا، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تُخْرِجَ الأَرْضُ وَأَنْ لا تُخْرِجَ فِي وُجُوبِ أَجْرِ الْمِثْلِ لِلْعَامِلِ، لأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ وَالذِّمَّةُ لا تَفُوتُ بِعَدَمِ الْخَارِجِ. فَإِنْ أَخْرَجَتْ شَيْئًا فَالْخَارِجُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ لأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَاسْتِحْقَاقُ الأَجْرِ مِنْهُ بِالتَّسْمِيَةِ وَقَدْ فَسَدَتْ، وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ لا يُزَادُ عَلَى قَدْرِ الْمَشْرُوطِ لَهُ لأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ الزِّيَادَةِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ، لأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا إِذْ لا مِثْلَ لَهَا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ) قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَفِي هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنَ الْحَوَالَةِ نَوْعُ تَغْيِيرٍ، لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَابِ الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ مِنْ كِتَابِ الإِجَارَاتِ فِي مَسْأَلَةِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ ثُمَّ قَالَ: وَلا يُجَاوَزُ بِالأَجْرِ قَفِيزٌ، لأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتِ الإِجَارَةُ فَالْوَاجِبُ الأَقَلُّ مِمَّا سَمَّى وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَا فِي الاحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، لأَنَّ الْمُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، فَلَمْ يَصِحَّ الْحَطُّ فَبِمَجْمُوعِ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الإِجَارَةِ يُعْلَمُ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لا يَبْلُغُ أَجْرَ الْمِثْلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ فِي الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ كَمَا هُوَ قَوْلُهُمَا إِلا فِي الشَّرِكَةِ فِي الاحْتِطَابِ، ثُمَّ ذَكَرَ هَاهُنَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ، إِلَى أَنْ قَالَ: وَقَدْ مَرَّ فِي الإِجَارَاتِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ فِي جَمِيعِ الإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ يَبْلُغُ الأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ الإِجَارَةَ مِنْ قَبِيلِ الشَّرِكَةِ فِي الاحْتِطَابِ لأَنَّ الأَجْرَ غَيْرُ مَعْلُومٍ قَبْلَ خُرُوجِ الْخَارِجِ وَهَذِهِ حَوَالَةٌ بِلا تَغْيِيرٍ، وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ فَلِصَاحِبِ الأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ لأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الأَرْضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَقَدْ تَعَذَّرَ فَيُصَارُ إِلَى الْمِثْلِ وَلا مِثْلَ لَهَا فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا، وَهَلْ يُزَادُ عَلَى قَدْرِ الْمَشْرُوطِ لَهُ مِنَ الْخَارِجِ أَوْ لا؟ فَهُوَ عَلَى الْخِلافِ الْمَارِّ، **وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ حَتَّى**

فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ كَانَ عَلَى العَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ وَالبَقَرِ هُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّ لِلبَقَرِ مَدْخَلا فِي الإِجَارَةِ لِجَوَازِ إِيرَادِ عَقْدِ الإِجَارَةِ عَلَيْهِ وَالْمُزَارَعَةُ إِجَارَةٌ مَعْنًى فَتَنْعَقِدُ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ فَاسِدًا وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ.

(وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ تَأْوِيلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِقَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الأَصْلِ: لِصَاحِبِ البَقَرِ وَالأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ وَبَقَرِهِ عَلَى صَاحِبِ البَذْرِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَنْ يَجِبَ أَجْرُ مِثْلِ الأَرْضِ مَكْرُوبَةً أَمَّا البَقَرُ فَلا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ بِعَقْدِ الْمُزَارَعَةِ بِحَالٍ فَلا يَنْعَقِدُ العَقْدُ عَلَيْهِ صَحِيحًا وَلا فَاسِدًا، وَوُجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ لا يَكُونُ بِدُونِ عَقْدٍ لأَنَّ الْمَنَافِعَ لا تَتَقَوَّمُ بِدُونِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ رَبُّ الأَرْضِ إلَخْ) وَاضِحٌ خَلا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى فَارِقٍ بَيْنَ خُبْثٍ يُمْكِنُ فِي مَنْفَعَةِ الأَرْضِ فَأَوْجَبَ التَّصَدُّقَ بِالفَضْلِ، وَبَيْنَ خُبْثٍ يُمْكِنُ فِي عَمَلِ العَامِلِ فَلَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ.

وَفِي كَلامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى ذَلِكَ حَيْثُ قَالَ: لأَنَّ النَّمَاءَ يَحْصُلُ مِنْ البَذْرِ وَيَخْرُجُ مِنْ الأَرْضِ: يَعْنِي فَهُوَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِمَا عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ العَادَةُ احْتِيَاجًا بَالِغًا فَكَانَ الْخُبْثُ شَدِيدًا فَأَوْرَثَ وُجُوبَ التَّصَدُّقِ، وَعَمَلُ العَامِلِ وَهُوَ إِلْقَاءُ البَذْرِ وَفَتْحُ الْجَدَاوِلِ لَيْسَ بِتِلْكَ الْمَثَابَةِ لِجَوَازِ حُصُولِهِ بِدُونِهِ عَادَةً، كَمَا إِذَا هَبَّتْ الرِّيحُ فَأَلْقَتْ البَذْرَ فِي أَرْضٍ وَأَمْطَرَتْ السَّمَاءُ فَكَانَ مَا يُمْكِنُ بِهِ شُبْهَةُ الْخُبْثِ فَلَمْ يُوَرِّثْ وُجُوبَ ذَلِكَ.

قَالَ (وَإِذَا عُقِدَت الْمُزَارَعَةُ فَامتَنَعَ صَاحِبُ البَذرِ مِن العَمَلِ لَم يُجبَر عَلَيهِ) لأَنَّهُ لا يُمكِنُهُ الْمُضِيُّ فِي العَقدِ إلا بِضَرَرٍ يَلزَمُهُ. فَصَارَ كَمَا إِذَا استَأجَرَ أَجِيرًا لِيَهدِمَ دَارِهِ (وَإِن امتَنَعَ الَّذِي لَيسَ مِن قِبَلِهِ البَذرُ أَجبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى العَمَلِ) لأَنَّهُ لا يَلحَقُهُ بِالوَفَاءِ بِالعَقدِ ضَرَرٌ وَالعَقدُ لازِمٌ بِمَنزِلَةِ الإِجَارَةِ، إلا إِذَا كَانَ عُذرٌ يَفسَخُ بِهِ الإِجَارَةَ فَيَفسَخُ بِهِ الْمُزَارَعَةَ. قَالَ (وَلَو امتَنَعَ رَبُّ الأَرضِ وَالبَذرُ مِن قِبَلِهِ وَقَد كَرَبَ الْمُزَارِعُ الأَرضَ فَلا شَيءَ لَهُ فِي عَمَلِ الكِرَابِ) قِيلَ هَذَا فِي الحُكمِ، فَأَمَّا فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللَّهِ تَعَالَى يَلزَمُهُ استِرضَاءُ العَامِلِ لأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ذَلِكَ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا عُقِدَتْ الْمُزَارَعَةُ) فِي هَذَا بَيَانُ صِفَةِ **عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ** بِكَوْنِهِ لازِمًا أَوْ غَيْرَهُ وَهُوَ لازِمٌ فِي حَالٍ دُونَ حَالٍ، أَمَّا بَعْدَ إِلْقَاءِ البَذْرِ فِي الأَرْضِ فَإِنَّهُ لازِمٌ مِنْ الْجَانِبَيْنِ

لَيْسَ لأَحَدهمَا فَسْخُهُ إلا بعُذْرٍ، وَأَمَّا قَبْلَهُ فَلازمٌ منْ جهَة مَنْ لَيْسَ البَذْرُ منْ جهَته وَغَيْرُ لازمٍ منْ جهَة مَنْ هُوَ منْ جهَته، فَلَوْ **امْتَنَعَ صَاحبُ البَذْرِ** لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْه لأَنَّهُ لا يُمْكنُهُ المُضيُّ عَلَى العَقْد إلا بضَرَرٍ يَلزَمُهُ وَهُوَ اسْتهْلاكُ البَذْرِ في الحَال فَصَارَ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلا ليَهْدمَ دَارَه (وَإِنْ امْتَنَعَ غَيْرُهُ أَجْبَرَهُ الحَاكمُ عَلَى العَمَل لأَنَّهُ لا يَلحَقُهُ بالوَفَاء بالعَقْد ضَرَرٌ) سوَى مَا التَزَمَهُ بالعَقْد لأَنَّهُ التَزَمَ إقَامَةَ العَمَل وَهُوَ قَادرٌ عَلَيْهَا (وَالعَقْدُ لازمٌ) منْ جهَته (بمَنْزلَة الإجَارَة إلا إذَا كَانَ عُذْرٌ يَفْسَخُ به الإجَارَةَ) كَالمَرَض المَانع للعَامل عَنْ العَمَل وَالدَّيْن الَّذي لا وَفَاءَ به عنْدَهُ إلا ببَيْع الأَرْض (فَتُفْسَخُ به المُزَارَعَةُ، وَلَوْ **امْتَنَعَ رَبُّ الأَرْضِ وَالبَذْرِ منْ قبَله وَقَدْ كَرَبَ المُزَارعُ الأَرْضَ** فَلا شَيْءَ لَهُ في عَمَل الكرَاب) لأَنَّ المَأْتيَّ به مُجَرَّدُ المَنْفَعَة وَهُوَ لا يَتَقَوَّمُ إلا بالعَقْد، وَالعَقْدُ قَوَّمَهُ بجُزْءٍ منْ الخَارج وَقَدْ فَاتَ (قيلَ هَذَا) الجَوَابُ (في الحُكْم، فَأَمَّا فيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّه تَعَالَى فَيَلزَمُهُ اسْترْضَاءُ العَامل لأَنَّهُ غَرَّهُ في الاسْتعْمَال).

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَينِ بَطلَت المُزَارَعَةُ) اعتِبَارًا بِالإِجَارَة، وَقَد مَرَّ الوَجهُ فِي الإِجَارَاتِ، فَلَو كَانَ دَفَعَهَا فِي ثَلاثِ سِنِينَ فَلَمَّا نَبَتَ الزَّرعُ فِي السَّنَةِ الأُولَى وَلَم يَستَحصِد الزَّرعَ حَتَّى مَاتَ رَبُّ الأَرضِ تَركَ الأَرضَ فِي يَدِ المُزَارِعِ حَتَّى يَستَحصِدَ الزَّرعَ وَيَقسِمَ عَلَى الشَّرطِ، وَتَنتَقِضُ المُزَارَعَةُ فِيمَا بَقِيَ مِن السَّنَتَينِ لأَنَّ فِي إِبقَاءِ العَقدِ فِي السَّنَةِ الأُولَى مُرَاعَاةً للحَقَّينِ، بِخِلافِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ ضَرَرٌ بِالعَامِلِ فَيُحَافِظُ فِيهِمَا عَلَى القِيَاسِ (وَلَو مَاتَ رَبُّ الأَرضِ قَبلَ الزِّرَاعَةِ بَعدَ مَا كَرَبَ الأَرضَ وَحَفَرَ الأَنهَارَ انتَقَضَت المُزَارَعَةُ) لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ إِبطَالُ مَالٍ عَلَى المُزَارِعِ (وَلا شَيءَ للعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لمَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

(وَإِذَا **مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقدَيْن** بَطَلَتْ المُزَارَعَةُ) قيَاسًا عَلَى الإجَارَة لكَوْنهَا عَقْدًا فيه الإجَارَةُ (وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ في الإجَارَات) وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ لَوْ بَقيَ العَقْدُ صَارَ المَنْفَعَةُ المَمْلُوكَةُ أَوْ الأُجْرَةُ لغَيْر العَاقد مُسْتَحَقًّا بالعَقْد لأَنَّهُ يَنْتَقلُ بالمَوْت إلَى الوَارث وَذَلكَ لا يَجُوزُ. وَفي الاسْتحْسَان يَبْقَى العَقْدُ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ نَظَرًا للمُزَارع، فَإِنَّهُ في الزَّرْع غَيْرُ مُتَعَدٍّ، فَلَوْ لَمْ يَبْقَ العَقْدُ وَانْتَقَلَ الأَرْضُ إلَى وَرَثَة رَبِّهَا لَقَلَعُوا الزَّرْعَ وَتَضَرَّرَ

بِهِ الْمُزَارِعُ، وَلا يَجُوزُ إِلْحَاقُ الضَّرَرِ عَلَى غَيْرِ الْمُتَعَدِّي، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (فَلَوْ كَانَ دَفَعَهَا فِي ثَلاثِ سِنِينَ إِلَخْ) وَاعْلَمْ أَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ وَإِذَا **مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَعْدَ الزَّرْعِ**، لأَنَّ الَّذِي يَكُونُ قَبْلَهُ مَذْكُورٌ فِيمَا يَلِيهِ وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مَا إِذَا نَبَتَ الزَّرْعُ أَوْ لَمْ يَنْبُتْ، وَلَكِنَّهُ ذَكَرَ جَوَابَ النَّابِتِ فِي قَوْلِهِ فِي وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ (فَلَمَّا نَبَتَ الزَّرْعُ فِي السَّنَةِ الأُولَى) وَلَمْ يَذْكُرْ جَوَابَ مَا لَمْ يَنْبُتْ عِنْدَ مَوْتِهِ، وَلَعَلَّهُ تَرَكَ ذَلِكَ اعْتِمَادًا عَلَى دُخُولِهِ فِي إِطْلاقِ أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ (**وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ قَبْلَ الزِّرَاعَةِ بَعْدَمَا كَرَبَ الْعَامِلُ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ** انْتَقَضَتْ الْمُزَارَعَةُ، لأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مَالٍ عَلَى الْمُزَارِعِ، وَلا شَيْءَ لِلْعَامِلِ بِمُقَابَلَةِ مَا عَمِلَ) لِمَا سَيُذْكَرُ بُعَيْدَ هَذَا.

(وَإِذَا فُسِخَتْ الْمُزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ لَحِقَ صَاحِبَ الأَرْضِ فَاحْتَاجَ إِلَى بَيْعِهَا جَازَ) كَمَا فِي الإِجَارَةِ (وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَن يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ بِشَيْءٍ) لأَنَّ الْمَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وَهُوَ إِنَّمَا قُوِّمَ بِالْخَارِجِ فَإِذَا انعَدَمَ الْخَارِجُ لَم يَجِب شَيءٌ (وَلَو نَبَتَ الزَّرعُ وَلَم يُستَحصَد لَم تُبَع الأَرضُ فِي الدَّينِ حَتَّى يُستَحصَدَ الزَّرعُ) لأَنَّ فِي البَيعِ إِبطَالَ حَقِّ الْمُزَارِعِ، وَالتَّأْخِيرُ أَهوَنُ مِنَ الإِبطَالِ (وَيُخرِجُهُ القَاضِي مِنَ الحَبسِ إِن كَانَ حَبَسَهُ بِالدَّينِ لأَنَّهُ لَمَّا امتَنَعَ بَيعُ الأَرضِ لَم يَكُن هُوَ ظَالِمًا وَالحَبسُ جَزَاءُ الظُّلمِ).

الشرح:

(وَإِذَا **فُسِخَتْ الْمُزَارَعَةُ بِدَيْنٍ فَادِحٍ**) أَيْ ثَقِيلٍ، مِنْ فَدَحَهُ الأَمْرُ: أَيْ أَثْقَلَهُ (لِحَقِّ صَاحِبِ الأَرْضِ أَحْوَجَهُ إِلَى بَيْعِهَا جَازَ) الفَسْخُ (كَمَا فِي الإِجَارَةِ) وَالتَّشْبِيهُ بِالإِجَارَةِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ اخْتَارَ رِوَايَةَ الزِّيَادَاتِ فَإِنَّهُ عَلَيْهَا لا بُدَّ لِصِحَّةِ الفَسْخِ مِنْ القَضَاءِ أَوْ الرِّضَا لأَنَّهَا فِي مَعْنَى الإِجَارَةِ وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ وَالإِجَارَاتِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى ذَلِكَ (وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ بِشَيْءٍ) لأَنَّ الْمَنَافِعَ إِنَّمَا تَتَقَوَّمُ بِالعَقْدِ وَهُوَ إِنَّمَا قُوِّمَ بِالْخَارِجِ، فَإِذَا انْعَدَمَ الْخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ) وَهَذَا هُوَ الْمَوْعُودُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَهَذَا الْجَوَابُ بِهَذَا التَّعْلِيلِ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لَوْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ العَامِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ، وَذَلِكَ لأَنَّ البَذْرَ إِذَا كَانَ مِنْ قِبَلِ العَامِلِ يَكُونُ مُسْتَأْجِرًا لِلأَرْضِ فَيَكُونُ العَقْدُ وَارِدًا عَلَى مَنْفَعَةِ

الأَرْضِ لا عَلَى عَمَلِ العَامِلِ فَيَبْقَى عَمَلُ العَامِلِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلا شُبْهَةِ عَقْدٍ فَلا يَتَقَوَّمُ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ حَتَّى كَانَ رَبُّ الأَرْضِ مُسْتَأْجِرًا للعَامِلِ فَكَانَ العَقْدُ وَارِدًا عَلَى مَنَافِعِ الأَجِيرِ فَيَتَقَوَّمُ مَنَافِعُهُ وَعَمَلُهُ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ وَيَرْجِعُ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ بِأَجْرِ مِثْلِ عَمَلِه، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ مُحَالَةٌ إِلَى مُزَارَعَةِ شَيْخِ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ مَنَافِعَ الأَجِيرِ وَعَمَلَهُ إِنَّمَا يَتَقَوَّمُ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ بِالعَقْدِ، وَالعَقْدُ إِنَّمَا قُوِّمَ بِالخَارِجِ (فَإِذَا انْعَدَمَ الخَارِجُ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ) ثُمَّ الفَسْخُ بَعْدَ عَقْدِ المُزَارَعَةِ وَعَمَلِ العَامِلِ مُتَصَوَّرٌ فِي صُوَرٍ ثَلاثٍ: مَا إِذَا فُسِخَ بَعْدَمَا كَرَبَ الأَرْضَ وَحَفَرَ الأَنْهَارَ وَهُوَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَقَدْ ظَهَرَ حُكْمُهُ.

وَمَا إِذَا فَسَخَ وَقَدْ نَبَتَ الزَّرْعُ وَلَمْ يُسْتَحْصَدْ بَعْدُ، وَحُكْمُهُ أَنْ لا تُبَاعَ الأَرْضُ بِالدَّيْنِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ لأَنَّ فِي البَيْعِ إِبْطَالَ حَقِّ المُزَارِعِ، وَفِي التَّأْخِيرِ إِنْ كَانَ إِضْرَارًا بِالغُرَمَاءِ لَكِنَّ التَّأْخِيرَ أَهْوَنُ مِنْ الإِبْطَالِ، وَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِنْ الحَبْسِ إِنْ كَانَ حَبْسُهُ فِي الدَّيْنِ لأَنَّهُ امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِ الأَرْضِ وَلَمْ يَكُنْ هُوَ ظَالِمًا فِي ذَلِكَ وَالحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ. وَلَمْ يَذْكُرْ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الصُّورَةَ الثَّالِثَةَ مَا إِذَا فَسَخَ بَعْدَمَا زَرَعَ العَامِلُ الأَرْضَ، إلا أَنَّهُ لَمْ يَنْبُتْ حَتَّى لَحِقَ رَبَّ الأَرْضِ دَيْنٌ فَادِحٌ هَل لَهُ أَنْ يَبِيعَ الأَرْضَ؟ فِيهِ اخْتِلافُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. قَالَ بَعْضُهُمْ: لَهُ ذَلِكَ لأَنَّهُ لَيْسَ لِصَاحِبِ البَذْرِ فِي الأَرْضِ عَيْنٌ قَائِمٌ، لأَنَّ التَّبْذِيرَ اسْتِهْلاكٌ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا قَبْلَ التَّبْذِيرِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لأَنَّ التَّبْذِيرَ اسْتِنْمَاءُ مَالٍ وَلَيْسَ بِاسْتِهْلاكٍ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الأَبُ وَالوَصِيُّ زِرَاعَةَ أَرْضِ الصَّبِيِّ وَلا يَمْلِكَانِ اسْتِهْلاكَ مَالِه فَكَانَ لِلمُزَارِعِ فِي الأَرْضِ عَيْنٌ قَائِمٌ، وَلَعَلَّ هَذَا اخْتِيَارُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ لأَنَّ البَذْرَ إِنْ كَانَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَالُ الغَيْرِ حَتَّى يَكُونَ مَانِعًا عَنْ البَيْعِ، وَإِنْ كَانَ لِلعَامِلِ فَقَدْ دَخَلَ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَإِذَا انقَضَت مُدَّةُ المُزَارَعَةِ وَالزَّرعُ لَم يُدرِك كَانَ عَلَى المُزَارِعِ أَجرُ مِثلِ نَصِيبِهِ مِنَ الأَرضِ إِلَى أَن يُستَحصَدَ وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرعِ عَلَيهِمَا عَلَى مِقدَارِ حُقُوقِهِمَا) مَعنَاهُ حَتَّى يُستَحصَدَ، لأَنَّ فِي تَبقِيَةِ الزَّرعِ بِأَجرِ المِثلِ تَعدِيلَ النَّظَرِ مِنَ الجَانِبَينِ فَيُصَارُ إِلَيهِ،

وَإِنَّمَا كَانَ العَمَلُ عَلَيهِمَا لأَنَّ العَقدَ قَد انتَهَى بِانتِهَاءِ المُدَّةِ وَهَذَا عَمَلٌ فِي المَالِ المُشتَرَكِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الأَرضِ وَالزَّرعُ بَقلٌ حَيثُ يَكُونُ العَمَلُ فِيهِ عَلَى العَامِلِ، لأَنَّ هُنَاكَ أَبقَينَا العَقدَ فِي مُدَّتِهِ وَالعَقدُ يَستَدعِي العَمَلَ عَلَى العَامِلِ، أَمَّا هَاهُنَا العَقدُ قَد انتَهَى فَلَم يَكُن هَذَا إِبقَاءَ ذَلكَ العَقدِ فَلَم يَختَصَّ العَامِلُ بِوُجُوبِ العَمَلِ عَلَيهِ (فَإِن أَنفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيرِ إِذنِ صَاحِبِهِ وَأَمرِ القَاضِي فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ عَلَيهِ (وَلَو أَرَادَ رَبُّ الأَرضِ أَن يَأخُذَ الزَّرعَ بَقلا لَم يَكُن لَهُ ذَلكَ) لأَنَّ فِيهِ إِضرَارًا بِالمُزَارِعِ، (وَلَو أَرَادَ المُزَارِعُ) أَن يَأخُذَهُ بَقلا قِيلَ لِصَاحِبِ الأَرضِ اقلَع الزَّرعَ فَيَكُونُ بَينَكُمَا أَو أَعطِهِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ أَو أَنفِق أَنتَ عَلَى الزَّرعِ وَارجِع بِمَا تُنفِقُهُ فِي حِصَّتِهِ، لأَنَّ المُزَارِعَ لَمَّا امتَنَعَ مِن العَمَلِ لا يُجبَرُ عَلَيهِ، لأَنَّ إِبقَاءَ العَقدِ بَعدَ وُجُودِ المُنهِي نَظَرٌ لَهُ وَقَد تَرَكَ النَّظَرَ لِنَفسِهِ.

وَرَبُّ الأَرضِ مُخَيَّرٌ بَينَ هَذِهِ الخِيَارَاتِ لأَنَّ بِكُلِّ ذَلكَ يُستَدفَعُ الضَّرَرُ (وَلَو مَاتَ المُزَارِعُ بَعدَ نَبَاتِ الزَّرعِ فَقَالَت وَرَثَتُهُ نَحنُ نَعمَلُ إِلَى أَن يُستَحصَدَ الزَّرعُ وَأَبَى رَبُّ الأَرضِ فَلَهُم ذَلكَ) لأَنَّهُ لا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الأَرضِ (وَلا أَجرَ لَهُم بِمَا عَمِلُوا) لأَنَّا أَبقَينَا العَقدَ نَظَرًا لَهُم، فَإِن أَرَادُوا قَلعَ الزَّرعِ لَم يُجبَرُوا عَلَى العَمَلِ لِمَا بَيَّنَّا، وَالمَالِكُ عَلَى الخِيَارَاتِ الثَّلاثِ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ (وَكَذَلكَ أُجرَةُ الحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذرِيَةِ عَلَيهِمَا بِالحِصَصِ. فَإِن شَرَطَاهُ فِي المُزَارَعَةِ عَلَى العَامِلِ فَسَدَت) وَهَذَا الحُكمُ لَيسَ بِمُختَصٍّ بِمَا ذَكَرَ مِن الصُّورَةِ وَهُوَ انقِضَاءُ المُدَّةِ وَالزَّرعُ لَم يُدرِك بَل هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ المُزَارَعَاتِ. وَوَجهُ ذَلكَ أَنَّ العَقدَ يَتَنَاهَى بِتَنَاهِي الزَّرعِ لِحُصُولِ المَقصُودِ فَيَبقَى مَالٌ مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا وَلا عَقدَ فَيَجِبُ مُؤنَتُهُ عَلَيهِمَا. وَإِذَا شَرَطَ فِي العَقدِ ذَلكَ وَلا يَقتَضِيهِ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لأَحَدِهِمَا يَفسُدُ العَقدُ كَشَرطِ الحَملِ أَو الطَّحنِ عَلَى العَامِلِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا شَرَطَ ذَلكَ عَلَى العَامِلِ لِلتَّعَامُلِ اعتِبَارًا بِالاستِصنَاعِ وَهُوَ اختِيَارُ مَشَايِخِ بَلخِي. قَالَ شَمسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخسِيُّ: هَذَا هُوَ الأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا. فَالحَاصِلُ أَنَّ مَا كَانَ مِن عَمَلٍ قَبلَ الإِدرَاكِ كَالسَّقيِ وَالحِفظِ فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ مِنهُ بَعدَ الإِدرَاكِ قَبلَ القِسمَةِ فَهُوَ عَلَيهِمَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَأَشبَاهِهِمَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَمَا كَانَ بَعدَ القِسمَةِ فَهُوَ عَلَيهِمَا.

وَالمُعَامَلَةُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا مَا كَانَ قَبلَ إِدرَاكِ الثَّمَرِ مِن السَّقيِ وَالتَّلقِيحِ وَالحِفظِ

فَهُوَ عَلَى العَامِلِ، وَمَا كَانَ بَعدَ الإِدرَاكِ كَالجدَادِ وَالحِفظِ فَهُوَ عَلَيهِمَا؛ وَلَو شَرَطَ الجِدَادَ عَلَى العَامِلِ لا يَجُوزُ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ لا عُرفَ فِيهِ. وَمَا كَانَ بَعدَ القِسمَةِ فَهُوَ عَلَيهِمَا لأَنَّهُ مَالٌ مُشتَرَكٌ وَلا عَقدَ، وَلَو شَرَطَ الحَصَادَ فِي الزَّرعِ عَلَى رَبِّ الأَرضِ لا يَجُوزُ بِالإِجمَاعِ لعَدَمِ العُرفِ فِيهِ، وَلَو أَرَادَا فَصلَ القَصِيلِ أَو جَدَّ التَّمرِ بُسرًا أَو التِقَاطَ الرُّطَبِ فَذَلكَ عَلَيهِمَا لأَنَّهُمَا أَنهَيَا العَقدَ لَمَّا عَزَمَا عَلَى الفَصلِ وَالجِدَادِ بُسرًا فَصَارَ كَمَا بَعدَ الإِدرَاكِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمُزَارَعَةِ إلَخْ) إذَا **انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمُزَارَعَةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ** يَبْقَى الزَّرْعُ وَكَانَ عَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِنْ الأَرْضِ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْمُزَارَعَةُ بِالنِّصْفِ كَانَ عَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ نِصْفِ الأَرْضِ لأَنَّ الْمُزَارَعَةَ لَمَّا انْقَضَتْ بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لَمْ يَبْقَ لِلعَامِلِ حَقٌّ فِي مَنْفَعَةِ الأَرْضِ، وَهُوَ يَسْتَوْفِيهَا بِتَرْبِيَةِ نَصِيبِهِ مِنْ الزَّرْعِ إلَى وَقْتِ الإِدْرَاكِ فَلا تُسَلَّمُ لَهُ مَجَّانًا، وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ وَهِيَ مُؤْنَةُ الْحِفْظِ وَالسَّقْيِ وَكَرْيُ الأَنْهَارِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ نَصِيبِهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْعَاجِزِ عَنْ الْكَسْبِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ فِي تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ) دَلِيلَ وُجُوبِ الأَجْرِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّا لَوْ أَمَرْنَا الْعَامِلَ بِقَلْعِ الزَّرْعِ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ تَضَرَّرَ بِهِ، وَإِنْ أَبْقَيْنَاهُ بِلا أَجْرٍ تَضَرَّرَ رَبُّ الأَرْضِ فَبَقَّيْنَاهُ بِالأَجْرِ تَعْدِيلا لِلنَّظَرِ مِنْ الْجَانِبَيْنِ وَالْعَمَلُ عَلَيْهِمَا لِمَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا **مَاتَ رَبُّ الأَرْضِ** فَإِنَّهُ يَبْقَى الزَّرْعُ بِلا أَجْرٍ وَلا اشْتِرَاكَ فِي النَّفَقَةِ وَلا اشْتِرَاكَ فِي الْعَمَلِ، وَكَلامُهُ فِيهِ أَيْضًا وَاضِحٌ، فَإِذَا **انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَاحْتَاجَ الزَّرْعُ إلَى النَّفَقَةِ فَأَنْفَقَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ** فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ لأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ.

لا يُقَالُ: هُوَ مُضْطَرٌّ لإِحْيَاءِ حَقِّهِ فَلا يُوصَفُ بِالتَّبَرُّعِ، لأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ الاسْتِئْذَانِ مِنْ الْقَاضِي يَمْنَعُ الاضْطِرَارَ (وَلَوْ **أَرَادَ رَبُّ الأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلا** لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنْ الإِضْرَارِ بِالْمُزَارِعِ) وَلَوْ أَرَادَ الْمُزَارِعُ ذَلِكَ مُكِّنَ مِنْهُ، وَيُخَيَّرُ رَبُّ الأَرْضِ بَيْنَ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ بِدَلِيلِهَا.

فَإِنْ قِيلَ تَرْكُ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ إنَّمَا يَجُوزُ إذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ غَيْرُهُ وَهَاهُنَا يَتَضَرَّرُ رَبُّ

الأَرْضِ وَاسْتِدْفَاعُ الضَّرَرِ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي ذَلِكَ لَمْ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِالمَنْعِ عَنْ القَلْعِ كَرَبِّ الأَرْضِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ رَبَّ الأَرْضِ مُتَعَنِّتٌ فِي طَلَبِ القَلْعِ لانْتِفَاعِهِ بِنَصِيبِهِ وَبِأَجْرِ المِثْلِ فَرُدَّ عَلَيْهِ، بِخِلافِ المُزَارِعِ فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَنْ نَفْسِهِ بِالقَلْعِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرِ المِثْلِ، فَرُبَّمَا يَخَافُ أَنَّ نَصِيبَهُ مِنْ الزَّرْعِ لا يَفِي بِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (**وَلَوْ مَاتَ المُزَارِعُ**) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ إِبْقَاءَ العَقْدِ بَعْدَ وُجُودِ المَنْهِيِّ إِلَخْ (قَوْلُهُ وَالمَالِكُ عَلَى الخِيَارَاتِ الثَّلاثِ) يَعْنِي المَذْكُورَةَ إِلا أَنَّهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَوْ رَجَعَ بِالنَّفَقَةِ رَجَعَ بِكُلِّهَا إِذْ العَمَلُ عَلَى العَامِلِ مُسْتَحَقٌّ لِبَقَاءِ العَقْدِ وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ المُزَارِعَ لَمَّا امْتَنَعَ عَنْ العَمَلِ إِلَخْ.

قَالَ (وَكَذَا **أُجْرَةُ الحَصَادِ وَالرِّفَاعِ**) قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَى الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ. وَالرِّفَاعُ بِالفَتْحِ وَالكَسْرِ: هُوَ أَنْ يَرْفَعَ الزَّرْعَ إِلَى البَيْدَرِ. وَالتَّذْرِيَةُ: تَمْيِيزُ الحَبِّ مِنْ التِّبْنِ بِالرِّيحِ.

وَلَمَّا كَانَ القُدُورِيُّ ذَكَرَ هَذِهِ المَسْأَلَةَ عَقِيبَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الزَّرْعِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ رُبَّمَا يُوهِمُ اخْتِصَاصَهَا بِذَلِكَ فَقَالَ المُصَنِّفُ وَهَذَا الحُكْمُ لَيْسَ يَخْتَصُّ بِمَا ذُكِرَ مِنْ الصُّورَةِ وَهُوَ انْقِضَاءُ المُدَّةِ وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ بَل هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ المُزَارَعَاتِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ وَالأَصْلُ أَنَّ اشْتِرَاطَ مَا لَيْسَ مِنْ أَعْمَالِ المُزَارَعَةِ عَلَى أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ يُفْسِدُهَا لأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لأَحَدِهِمَا وَمِثْلُهُ يُفْسِدُ الإِجَارَةَ فَكَذَا المُزَارَعَةُ لأَنَّ فِيهَا مَعْنَى الإِجَارَةِ وَالفَاصِلُ بَيْنَ مَا هُوَ مِنْ أَعْمَالِهَا وَغَيْرِهِ أَنَّ كُلَّ مَا يَنْبُتُ وَيَنْمِي وَيَزِيدُ فِي الخَارِجِ فَهُوَ مِنْ أَعْمَالِهَا وَمَا لا فَلا وَعَلَى هَذَا **فَالحَصَادُ وَالدِّيَاسُ وَالتَّذْرِيَةُ وَرَفْعُهُ إِلَى البَيْدَرِ إِذَا شُرِطَ شَيْءٌ مِنْهَا عَلَى أَحَدِهِمَا** فَسَدَتْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَرَوَى أَصْحَابُ الأَمَالِي عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا إِذَا شُرِطَتْ عَلَى العَامِلِ جَازَتْ لِلتَّعَامُلِ اعْتِبَارًا لِلاسْتِصْنَاعِ.

وَقَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ: هَذَا هُوَ الأَصَحُّ فِي دِيَارِنَا، وَالمُصَنِّفُ جَعَلَ الأَعْمَالَ ثَلاثَةً: مَا كَانَ قَبْلَ الإِدْرَاكِ كَالسَّقْيِ وَالحِفْظِ وَهُوَ مِنْ أَعْمَالِهَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ قَبْلَ القِسْمَةِ كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَنَحْوِهِمَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ القِسْمَةِ كَالحَمْلِ إِلَى البَيْتِ وَالطَّحْنِ وَأَشْبَاهِهِمَا وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَعْمَالِهَا فَيَكُونَانِ عَلَيْهِمَا، لَكِنْ فِيمَا هُوَ قَبْلَ القِسْمَةِ عَلَى الاشْتِرَاكِ وَفِيمَا هُوَ بَعْدَهَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً لِيَتَمَيَّزَ مِلْكُ كُلِّ

وَاحِدٍ مِنْهَا عَنْ مِلْكِ الآخَرِ فَكَانَ التَّدْبِيرُ فِي مِلْكِهِ إلَيْهِ خَاصَّةً (وَالْمُعَامَلَةُ قِيَاسُ هَذَا) أَيْ الْمُسَاقَاةُ أَيْضًا عَلَى هَذِهِ الوُجُوهِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ) سَمَّاهُ مُشْتَرَكًا بَعْدَ القِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ. وَقِيلَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ المَجْمُوعَ بَعْدَ القِسْمَةِ بَيْنَهُمَا؛ أَلا تَرَى أَنَّ نَصِيبَ كُلٍّ وَاحِدٍ إذَا كَانَ مُعَيَّنًا فِي قَرْيَةٍ يُقَالُ لَهُمْ شُرَكَاءُ فِي القَرْيَةِ.

كِتَابُ المُسَاقَاةِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: المُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِن الثَّمَرِ بَاطِلَةٌ، وَقَالا: جَائِزَةٌ إِذَا ذَكَرَ مُدَّةً مَعلُومَةً وَسَمَّى جُزءًا مِن الثَّمَرِ مُشَاعًا) وَالمُسَاقَاةُ: هِيَ المُعَامَلَةُ وَالكَلامُ فِيهَا كَالكَلامِ فِي المُزَارَعَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: المُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ، وَلا تَجُوزُ المُزَارَعَةُ إِلا تَبَعًا للمُعَامَلَةِ لأَنَّ الأَصلَ فِي هَذَا المُضَارَبَةُ، وَالمُعَامَلَةُ أَشبَهُ بِهَا لأَنَّ فِيهِ شَرِكَةً فِي الزِّيَادَةِ دُونَ الأَصلِ. وَفِي المُزَارَعَةِ لَو شَرَطَا الشَّرِكَةَ فِي الرِّبحِ دُونَ البَذرِ بِأَن شَرَطَا رَفعَهُ مِن رَأسِ الخَارِجِ تَفسُدُ، فَجَعَلنَا المُعَامَلَةَ أَصلا، وَجَوَّزنَا المُزَارَعَةَ تَبَعًا لَهَا كَالشُّربِ فِي بَيعِ الأَرضِ وَالمَنقُول فِي وَقفِ العَقَارِ، وَشَرطُ المُدَّةِ قِيَاسٌ فِيهَا لأَنَّهَا إِجَارَةٌ مَعنًى كَمَا فِي المُزَارَعَةِ. وَفِي الاستِحسَانِ: إِذَا لَم يُبَيِّن المُدَّةَ يَجُوزُ وَيَقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرٍ يَخرُجُ، لأَنَّ الثَّمَرَ لإِدرَاكِهَا وَقتٌ مَعلُومٌ وَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ وَيَدخُلُ فِيمَا مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ، وَإِدرَاكُ البَذرِ فِي أُصُول الرَّطبَةِ فِي هَذَا بِمَنزِلَةِ إِدرَاكِ الثِّمَارِ، لأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعلُومَةً فَلا يُشتَرَطُ بَيَانُ المُدَّةِ، بِخِلافِ الزَّرعِ لأَنَّ ابتِدَاءَهُ يَختَلِفُ كَثِيرًا خَرِيفًا وَصَيفًا وَرَبِيعًا، وَالانتِهَاءُ بِنَاءٌ عَلَيهِ فَتَدخُلُهُ الجَهَالَةُ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا دَفَعَ إِلَيهِ غَرسًا قَد عُلِّقَ وَلَم يَبلُغ الثَّمَرُ مُعَامَلَةً حَيثُ لا يَجُوزُ إِلا بِبَيَانِ المُدَّةِ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِقُوَّةِ الأَرَاضِي وَضَعفِهَا تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِخِلافِ مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلا أَو أُصُولَ رُطبَةٍ عَلَى أَن يَقُومَ عَلَيهَا أَو أَطلَقَ فِي الرُّطبَةِ تَفسُدُ المُعَامَلَةُ، لأَنَّهُ لَيسَ لِذَلِكَ نِهَايَةٌ مَعلُومَةٌ، لأَنَّهَا تَنمُو مَا تُرِكَت فِي الأَرضِ فَجُهِلَت المُدَّةُ (وَيُشتَرَطُ تَسمِيَةُ الجُزءِ مُشَاعًا) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُزَارَعَةِ إِذ شَرطُ جُزءٍ مُعَيَّنٍ يَقطَعُ الشَّرِكَةَ (فَإِن سَمَّيَا فِي المُعَامَلَةِ وَقتًا يَعلَمُ أَنَّهُ لا يَخرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا فَسَدَت المُعَامَلَةُ) لِفَوَاتِ المَقصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الخَارِجِ (وَلَو سَمَّيَا مُدَّةً قَد يَبلُغُ الثَّمَرُ فِيهَا وَقَد يَتَأَخَّرُ عَنهَا جَازَت) لأَنَّا لا نَتَيَقَّنُ بِفَوَاتِ المَقصُودِ، ثُمَّ لَو خَرَجَ فِي الوَقتِ المُسَمَّى فَهُوَ عَلَى الشَّرِكَةِ لِصِحَّةِ العَقدِ، وَإِن تَأَخَّرَ فَلِلعَامِلِ أَجرُ المِثلِ لِفَسَادِ العَقدِ لأَنَّهُ تَبَيَّنَ الخَطَأُ فِي المُدَّةِ المُسَمَّاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ فِي الابتِدَاءِ، بِخِلافِ مَا إِذَا لَم يَخرُج أَصلا لأَنَّ الذَّهَابَ بِآفَةٍ فَلا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ المُدَّةِ فَيَبقَى العَقدُ صَحِيحًا، وَلا شَيءَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ. قَالَ (وَتَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي النَّخلِ وَالشَّجَرِ وَالكَرمِ وَالرِّطَابِ وَأُصُول البَاذِنجَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الجَدِيدِ: لا تَجُوزُ إِلا فِي الكَرمِ وَالنَّخلِ، لأَنَّ جَوَازَهَا بِالأَثَرِ وَقَد خَصَّهُمَا وَهُوَ حَدِيثُ خَيبَرَ. وَلَنَا أَنَّ الجَوَازَ

لِلحَاجَةِ وَقَد عَمَّت، وَأَثَرُ خَيبَرَ لا يَخُصُّهُمَا لأَنَّ أَهلَهَا كَانُوا يَعمَلُونَ فِي الأَشجَارِ وَالرِّطَابِ أَيضًا، وَلَو كَانَ كَمَا زَعَمَ فَالأَصلُ فِي النُّصُوصِ أَن تَكُونَ مَعلُولَةً سِيَّمَا عَلَى أَصلِهِ (وَلَيسَ لِصَاحِبِ الكَرمِ أَن يُخرِجَ العَامِلَ مِن غَيرِ عُذرٍ) لأَنَّهُ لا ضَرَرَ عَلَيهِ فِي الوَفَاءِ بِالعَقدِ (وَكَذَا لَيسَ لِلعَامِلِ أَن يَترُكَ العَمَلَ بِغَيرِ عُذرٍ) بِخِلافِ المُزَارَعَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى صَاحِبِ البَذرِ عَلَى مَا قَدَّمنَاهُ. قَالَ (فَإِن دَفَعَ نَخلا فِيهِ تَمرٌ مُسَاقَاةً وَالتَّمرُ يَزِيدُ بِالعَمَلِ جَازَ وَإِن كَانَت قَد انتَهَت لَم يَجُز) وَكَذَا عَلَى هَذَا إِذَا دَفَعَ الزَّرعَ وَهُوَ بَقلٌ جَازَ، وَلَو أُستُحصِدَ وَأُدرِكَ لَم يَجُز، لأَنَّ العَامِلَ إِنَّمَا يَستَحِقُّ بِالعَمَلِ، وَلا أَثَرَ لِلعَمَلِ بَعدَ التَّنَاهِي وَالإِدرَاكِ، فَلَو جَوَّزنَاهُ لَكَانَ استِحقَاقًا بِغَيرِ عَمَلٍ وَلَم يَرِد بِهِ الشَّرعُ، بِخِلافِ مَا قَبلَ ذَلِكَ لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى العَمَلِ. قَالَ (وَإِذَا فَسَدَت المُسَاقَاةُ فَلِلعَامِلِ أَجرُ مِثلِهِ) لأَنَّهُ فِي مَعنَى الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ، وَصَارَ كَالمُزَارَعَةِ إِذَا فَسَدَت.

الشرح:

(كِتَابُ المُسَاقَاةِ): كَانَ مِنْ حَقِّ المُسَاقَاةِ التَّقْدِيمُ عَلَى المُزَارَعَةِ لِكَثْرَةِ مَنْ يَقُولُ بِجَوَازِهَا، وَلِوُرُودِ الأَحَادِيثِ فِي مُعَامَلَةِ النَّبِيِّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ، إلا أَنَّ اعْتِرَاضَ مُوجِبَيْنِ صَوَّبَ إِيرَادَ المُزَارَعَةِ قَبْلَ المُسَاقَاةِ: أَحَدُهُمَا شِدَّةُ الاحْتِيَاجِ إِلَى مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ المُزَارَعَةِ لِكَثْرَةِ وُقُوعِهَا، وَالثَّانِي كَثْرَةُ تَفْرِيعِ مَسَائِلِ المُزَارَعَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى المُسَاقَاةِ (وَالمُسَاقَاةُ هِيَ المُعَامَلَةُ) بِلُغَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ: وَمَفْهُومُهَا اللُّغَوِيُّ هُوَ مَفْهُومُهَا الشَّرْعِيُّ فَهِيَ مُعَاقَدَةُ دَفْعِ الأَشْجَارِ وَالكُرُومِ إِلَى مَنْ يَقُومُ بِإِصْلاحِهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمْ سَهْمٌ مَعْلُومٌ مِنْ ثَمَرِهَا، وَالكَلامُ فِيهَا كَالكَلامِ فِي المُزَارَعَةِ: يَعْنِي شَرَائِطَهَا هِيَ الشَّرَائِطُ الَّتِي ذُكِرَتْ لِلمُزَارَعَةِ، وَهِيَ غَيْرُ جَائِزَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَالمُزَارَعَةِ وَبِهِ أَخَذَ زُفَرُ. وَجَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: المُعَامَلَةُ جَائِزَةٌ وَالمُزَارَعَةُ لا تَجُوزُ إلا تَبَعًا لَهَا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ النَّخِيلُ وَالكَرْمُ فِي أَرْضٍ بَيْضَاءَ تُسْقَى بِمَاءِ النَّخِيلِ فَيَأْمُرُ بِأَنْ يَزْرَعَ الأَرْضَ أَيْضًا بِالنِّصْفِ، وَقَدْ ذُكِرَ دَلِيلُهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ مَسَاسَ الحَاجَةِ إِلَى تَجْوِيزِهَا وَالعُرْفُ الظَّاهِرُ بَيْنَ النَّاسِ فِي جَمِيعِ البُلْدَانِ أَلْحَقَاهَا بِالمُضَارَبَةِ فَجَازَتْ مُنْفَكَّةً عَنْ المُعَامَلَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِدْرَاكُ البَذْرِ فِي أُصُولِ الرَّطْبَةِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِدْرَاكِ الثَّمَنِ) مَعْنَاهُ: لَوْ **دَفَعَ رَطْبَةً قَدْ انْتَهَى جُذَاذُهَا عَلَى أَنْ يَقُومَ**

عَلَيْهَا وَيَسْقِيَهَا حَتَّى يَخْرُجَ بَذْرُهَا عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ بَذْرٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ جَازَ إِذَا كَانَ البَذْرُ مِمَّا يُرْغَبُ فِيهِ وَحْدَهُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فِي مَعْنَى الثَّمَرِ لِلشَّجَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ إِدْرَاكَ البَذْرِ لَهُ وَقْتٌ مَعْلُومٌ وَعِنْدَ المُزَارِعِينَ فَكَانَ ذِكْرُهُ بِمَنْزِلَةِ ذِكْرِ وَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَالبَذْرُ يَحْصُلُ بِعَمَلِ العَامِلِ، فَاشْتِرَاطُ المُنَاصَفَةِ فِيهِ يَكُونُ صَحِيحًا وَالرَّطْبَةُ لِصَاحِبِهِ. وَقَوْلُهُ (غَرْسًا قَدْ عَلَّقَ) أَيْ نَبَتَ وَلَمْ يَبْلُغْ حَدَّ الإِثْمَارِ ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ نَخِيلًا أَوْ أُصُولَ رَطْبَةٍ عَلَى أَنْ يَقُومَ عَلَيْهَا) مَعْنَاهُ: حَتَّى تَذْهَبَ أُصُولُهُمَا وَيَنْقَطِعُ نَبَاتُهَا، وَقَوْلُهُ (أَوْ أَطْلَقَ فِي الرَّطْبَةِ) يَعْنِي لَمْ يَقُلْ حَتَّى تَذْهَبَ أُصُولُهَا (فَسَدَتْ المُعَامَلَةُ) مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلرَّطْبَةِ جَذَّةٌ مَعْلُومَةٌ، فَإِنْ كَانَ فَهِيَ جَائِزَةٌ كَمَا لَوْ أَطْلَقَ فِي النَّخِيلِ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الثَّمَرَةِ الأُولَى، وَقَدْ تَرَكَ المُصَنِّفُ فِي كَلَامِهِ قَيْدَيْنِ لَا غِنًى عَنْهُمَا فَكَانَ إِيجَازًا مُخِلًّا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهَا تَنْمُو مَا تُرِكَتْ فِي الأَرْضِ) دَلِيلُ الرَّطْبَةِ وَلَمْ يُذْكَرْ دَلِيلُ النَّخِيلِ وَالرَّطْبَةِ إِذَا شَرَطَ القِيَامَ عَلَيْهِمَا حَتَّى تَذْهَبَ أُصُولُهَا لِأَنَّهُ لَا نِهَايَةَ لِذَلِكَ فَكَانَ غَيْرَ مَعْلُومٍ وَقَوْلُهُ (لَا يَخْرُجُ الثَّمَرُ فِيهَا) أَيْ فِي الوَقْتِ أَنَّثَهُ بِتَأْوِيلِ المُدَّةِ.

قَالَ (وَتَجُوزُ **المُسَاقَاةُ فِي النَّخِيلِ وَالشَّجَرِ**) هَذَا بَيَانُ مَا تَجْرِي فِيهِ المُسَاقَاةُ وَمَا لَا تَجْرِي فِيهِ، وَخَصَّصَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَازَهَا بِمَا وَرَدَ فِيهِ الأَثَرُ مِنْ حَدِيثِ خَيْبَرَ وَكَانَ فِي النَّخْلِ وَالكَرْمِ (وَلَنَا أَنَّ الجَوَازَ لِلْحَاجَةِ وَقَدْ عَمَّتْ) وَعُمُومُ العِلَّةِ يَقْتَضِي عُمُومَ الحُكْمِ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ أَثَرَ خَيْبَرَ خَصَّهُمَا لِأَنَّ أَهْلَهَا يَعْمَلُونَ فِي الأَشْجَارِ وَالرِّطَابِ أَيْضًا، وَلَئِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ لَكِنَّ الأَصْلَ فِي النُّصُوصِ التَّعْلِيلُ لَا سِيَّمَا عَلَى أَصْلِهِ، فَإِنَّ بَابَهُ عِنْدَهُ أَوْسَعُ لِأَنَّهُ يَرَى التَّعْلِيلَ بِالعِلَّةِ القَاصِرَةِ وَبِكُلِّ وَصْفٍ قَامَ دَلِيلُ التَّمْيِيزِ عَلَى كَوْنِهِ جَامِعًا بَيْنَ الأَوْصَافِ، وَأَمَّا نَحْنُ فَإِنَّا لَا نُجَوِّزُهُ بِالعِلَّةِ القَاصِرَةِ، وَيُشْتَرَطُ قِيَامُ الدَّلِيلِ عَلَى أَنَّ هَذَا النَّصَّ بِعَيْنِهِ مَعْلُولٌ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الكَرْمِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قَدَّمْنَاهُ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي المُزَارَعَةِ بِقَوْلِهِ: (وَإِذَا **عُقِدَتْ المُزَارَعَةُ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِنْ العَمَلِ** لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ إِلَخْ) وَالحَاصِلُ أَنَّ المُسَاقَاةَ لَمْ تَشْتَمِلْ عَلَى ضَرَرٍ فَكَانَتْ لَازِمَةً مِنْ الجَانِبَيْنِ، بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ فَإِنَّ صَاحِبَ البَذْرِ يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ فِي الحَالِ بِإِلْقَاءِ بَذْرِهِ فِي الأَرْضِ فَلَمْ تَكُنْ لَازِمَةً مِنْ جِهَتِهِ، ثُمَّ عُذْرُ صَاحِبِ الكَرْمِ لُحُوقُ دَيْنٍ فَادِحٍ لَا يُمْكِنُهُ الإِيفَاءُ إِلَّا بِبَيْعِ الكَرْمِ،

وَعُذْرُ العَامِلِ المَرَضُ، وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ) لأَنَّهَا جُوِّزَتْ بِالأَثَرِ فِيمَا يَكُونُ أَجْرُ العَامِلِ بَعْضَ الخَارِجِ. قَوْلُهُ (وَإِذَا فَسَدَتْ المُسَاقَاةُ) وَاضِحٌ.

قَالَ (وَتَبطُلُ المُسَاقَاةُ بِالمَوتِ) لأَنَّهَا فِي مَعنَى الإِجَارَةِ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِيهَا، فَإِن مَاتَ رَبُّ الأَرضِ وَالخَارِجُ بُسرٌ فَلِلعَامِلِ أَن يَقُومَ عَلَيهِ كَمَا كَانَ يَقُومُ قَبلَ ذَلِكَ إِلَى أَن يُدرِكَ الثَّمَرَ، وَإِن كَرِهَ ذَلِكَ وَرَثَةُ رَبِّ الأَرضِ استِحسَانًا فَيَبقَى العَقدُ دَفعًا لِلضَّرَرِ عَنهُ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الآخَرِ (وَلَو التَزَمَ العَامِلُ الضَّرَرَ يُتَخَيَّرُ وَرَثَةُ الآخَرِ بَينَ أَن يَقسِمُوا البُسرَ عَلَى الشَّرطِ وَبَينَ أَن يُعطُوهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مِن البُسرِ وَبَينَ أَن يُنفِقُوا عَلَى البُسرِ حَتَّى يَبلُغَ فَيَرجِعُوا بِذَلِكَ فِي حِصَّةِ العَامِلِ مِن الثَّمَرِ لأَنَّهُ لَيسَ لَهُ إِلحَاقُ الضَّرَرِ بِهِم)، وَقَد بَيَّنَّا نَظِيرَهُ فِي المُزَارَعَةِ (وَلَو مَاتَ العَامِلُ فَلِوَرَثَتِهِ أَن يَقُومُوا عَلَيهِ وَإِن كَرِهَ رَبُّ الأَرضِ) لأَنَّ فِيهِ النَّظَرَ مِن الجَانِبَينِ (فَإِن أَرَادُوا أَن يَصرِمُوهُ بُسرًا كَانَ صَاحِبُ الأَرضِ بَينَ الخِيَارَاتِ الثَّلَاثَةِ) الَّتِي بَيَّنَّاهَا. (وَإِن مَاتَا جَمِيعًا فَالخِيَارُ لِوَرَثَةِ العَامِلِ) لِقِيَامِهِم مَقَامَهُ، وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ وَهُوَ تَركُ الثِّمَارِ عَلَى الأَشجَارِ إِلَى وَقتِ الإِدرَاكِ لَا أَن يَكُونَ وَارِثُهُ فِي الخِيَارِ (فَإِن أَبَى وَرَثَةُ العَامِلِ أَن يَقُومُوا عَلَيهِ كَانَ الخِيَارُ فِي ذَلِكَ لِوَرَثَةِ رَبِّ الأَرضِ) عَلَى مَا وَصَفنَا. قَالَ (وَإِذَا انقَضَت مُدَّةُ المُعَامَلَةِ وَالخَارِجُ بُسرٌ أَخضَرُ فَهَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ، وَلِلعَامِلِ أَن يَقُومَ عَلَيهَا إِلَى أَن يُدرِكَ لَكِن بِغَيرِ أَجرٍ) لأَنَّ الشَّجَرَ لَا يَجُوزُ استِئجَارُهُ، بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ فِي هَذَا لأَنَّ الأَرضَ يَجُوزُ استِئجَارُهَا، وَكَذَلِكَ العَمَلُ كُلُّهُ عَلَى العَامِلِ هَاهُنَا وَفِي المُزَارَعَةِ فِي هَذَا عَلَيهِمَا، لأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ أَجرُ مِثلِ الأَرضِ بَعدَ انتِهَاءِ المُدَّةِ عَلَى العَامِلِ لَا يَستَحِقُّ عَلَيهِ العَمَلَ وَهَاهُنَا لَا أَجرَ فَجَازَ أَن يَستَحِقَّ العَمَلَ كَمَا يَستَحِقُّ قَبلَ انتِهَائِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالخَارِجُ بُسْرٌ فَلِلعَامِلِ أَنْ يَقُومَ عَلَيْه) جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ إِبْقَاءً لِلعَقْدِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ. وَأَمَّا فِي القِيَاسِ فَقَدْ انْتَقَضَتْ المُسَاقَاةُ بَيْنَهُمَا وَكَانَ البُسْرُ بَيْنَ وَرَثَةِ صَاحِبِ الأَرْضِ وَبَيْنَ العَامِلِ نِصْفَيْنِ إِنْ شَرَطَا أَنْصَافًا، لأَنَّ صَاحِبَ الأَرْضِ اسْتَأْجَرَ العَامِلَ بِبَعْضِ الخَارِجِ وَالإِجَارَةُ تُنْتَقَضُ بِمَوْتِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ عُلِمَ مِمَّا ذُكِرَ نَظِيرُهُ فِي المُزَارَعَةِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا خِلَافَةٌ فِي حَقٍّ مَالِيٍّ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: كَانَ لِلمُوَرِّثِ

الخِيَارُ وَقَدْ مَاتَ وَالخِيَارُ لا يُورَّثُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي شَرْطِ الخِيَارِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالخَارِجُ بُسْرٌ أَخْضَرُ فَهَذَا وَالأَوَّلُ) يَعْنِي صُورَةَ المَوْتِ (سَوَاءٌ وَالعَامِلُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ عَمِلَ كَمَا كَانَ يَعْمَلُ لَكِنْ بِغَيْرِ أَجْرٍ لأَنَّ الشَّجَرَ لا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ) وَإِنْ أَبَى خُيِّرَ الآخَرُ بَيْنَ الخِيَارَاتِ الثَّلاثِ، بِخِلافِ المُزَارَعَةِ فِي هَذَا: أَيْ فِيمَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُزَارَعَةِ لأَنَّ الأَرْضَ يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهَا، وَكَذَلِكَ العَمَلُ كُلُّهُ عَلَى العَامِلِ هَاهُنَا لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ

قَالَ (وَتُفسَخُ بِالأعذَارِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الإِجَارَاتِ، وَقَد بَيَّنَّا وُجُوهَ العُذرِ فِيهَا. وَمِن جُملَتِهَا أَن يَكُونَ العَامِلُ سَارِقًا يَخَافُ عَلَيهِ سَرِقَةَ السَّعَفِ وَالثَّمَرِ قَبلَ الإِدرَاكِ لأَنَّهُ يُلزِمُ صَاحِبَ الأَرضِ ضَرَرًا لَم يَلتَزِمهُ فَتُفسَخُ بِهِ. وَمِنهَا مَرَضُ العَامِلِ إِذَا كَانَ يُضعِفُهُ عَن العَمَلِ، لأَنَّ فِي إِلزَامِهِ استِئجَارَ الأُجَرَاءِ زِيَادَةَ ضَرَرٍ عَلَيهِ وَلَم يَلتَزِمهُ فَيُجعَلُ ذَلِكَ عُذرًا، وَلَو أَرَادَ العَامِلُ تَركَ ذَلكَ العَمَل هَل يَكُونُ عُذرًا؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ. وَتَأوِيلُ إِحدَاهُمَا أَن يَشتَرِطَ العَمَلَ بِيَدِهِ فَيَكُونَ عُذرًا مِن جِهَتِهِ (وَمَن دَفَعَ أَرضًا بَيضَاءَ إِلَى رَجُلٍ سِنِينَ مَعلُومَةً يَغرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَى أَن تَكُونَ الأَرضُ وَالشَّجَرُ بَينَ رَبِّ الأَرضِ وَالغَارِسِ نِصفَينِ لَم يَجُز ذَلكَ) لاشتِرَاطِ الشَّركَةِ فِيمَا كَانَ حَاصِلا قَبلَ الشَّركَةِ لا بِعَمَلِهِ (وَجَمِيعُ الثَّمَرِ وَالغَرسِ لِرَبِّ الأَرضِ وَلِلغَارِسِ قِيمَةُ غَرسِهِ وَأَجرُ مِثلِهِ فِيمَا عَمِلَ) لأَنَّهُ فِي مَعنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ: إِذ هُوَ استِئجَارٌ بِبَعضِ مَا يَخرُجُ مِن عَمَلِهِ وَهُوَ نِصفُ البُستَانِ فَيَفسُدُ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الغِرَاسِ لاتِّصَالِهَا بِالأَرضِ فَيَجِبُ قِيمَتُهَا وَأَجرُ مِثلِهِ لأَنَّهُ لا يَدخُلُ فِي قِيمَةِ الغِرَاسِ لِتَقَوُّمِهَا بِنَفسِهَا وَفِي تَخرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ بَيَّنَّاهُ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى، وَهَذَا أَصَحُّهُمَا، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَتُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ لِمَا بَيَّنَّا فِي الإِجَارَاتِ) يُرَدُّ بِهِ قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهَا، فَصَارَ العُذْرُ فِي الإِجَارَةِ كَالعَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ إِلَى آخِرِهِ (وَقَدْ بَيَّنَّا وُجُوهَ العُذْرِ فِيهَا) أَيْ فِي الإِجَارَةِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فِيهِ رِوَايَتَانِ) يَعْنِي فِي كَوْنِ تَرْكِ العَمَلِ عُذْرًا رِوَايَتَانِ: فِي إِحْدَاهُمَا لا يَكُونُ عُذْرًا، وَيُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ لأَنَّ العَقْدَ لازِمٌ لا يُفْسَخُ إِلا مِنْ عُذْرٍ وَهُوَ مَا يَلحَقُهُ بِهِ ضَرَرٌ وَهَاهُنَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَفِي

الأُخْرَى عُذْرٌ، وَتَأْوِيلُهُ أَنْ يُشْتَرَطَ العَمَلُ بِيَده، فَإِذَا تُرِكَ ذَلِكَ العَمَلُ كَانَ عُذْرًا، أَمَّا إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ النَّخِيلُ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا بِنَفْسِه وَبِأُجَرَائِه فَعَلَيْه أَنْ يَسْتَخْلِفَ غَيْرَهُ فَلا يَكُونُ تَرْكُ العَمَلِ عُذْرًا فِي فَسْخِ المُعَامَلَة. (وَمَنْ **دَفَعَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لَيْسَ فِيهَا شَجَرٌ إِلَى رَجُلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً يَغْرِسُ فِيهَا شَجَرًا عَلَى أَنْ يَكُونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لَمْ** يَجُزْ ذَلِكَ لاشْتِرَاطِه الشَّرِكَةَ فِيمَا كَانَ حَاصِلا قَبْلَ الشَّرِكَة) وَهُوَ الأَرْضُ (وَكَانَ جَمِيعُ الثَّمَرِ وَالغَرْسِ لِرَبِّ الأَرْضِ، وَلِلغَارِسِ قِيمَةُ غَرْسِه وَأَجْرُ مِثْلِ عَمَلِه، لأَنَّهُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ إِذَا هُوَ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِه وَهُوَ نِصْفُ البُسْتَانِ فَكَانَ فَاسِدًا وَتَعَذَّرَ رَدُّ الغِرَاسِ لاتِّصَالِهَا بِالأَرْضِ) فَإِنَّهُ لَوْ قَلَعَ الغِرَاسَ وَسَلَّمَهَا لَمْ يَكُنْ تَسْلِيمًا لِلشَّجَرِ بَل يَكُونُ تَسْلِيمًا لِقِطْعَة خَشَبَة، وَلَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا بَل المَشْرُوطُ تَسْلِيمُ الشَّجَرِ بِقَوْلِه عَلَى أَنْ يَكُونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَيْنَ رَبِّ الأَرْضِ وَالغَارِسِ نِصْفَيْنِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْكِنْ تَسْلِيمُهَا شَجَرًا وَجَبَ قِيمَتُهَا وَأَجْرُ مِثْلِه، لأَنَّهُ لا يَدْخُلُ فِي قِيمَة الغِرَاسِ لأَنَّهَا أَعْيَانٌ مُتَقَوِّمَةٌ بِنَفْسِهَا لا مُجَانَسَةَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ عَمَلِ العَامِلِ لأَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ بِالعَقْدِ لا قِيمَةَ لَهُ فِي نَفْسِه (وَفِي تَخْرِيجِهَا طَرِيقٌ آخَرُ ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِفَايَة المُنْتَهَى) وَهُوَ شِرَاءُ رَبِّ الأَرْضِ نِصْفَ الغِرَاسِ مِنْ العَامِلِ بِنِصْفِ أَرْضِه، أَوْ شِرَاؤُهُ جَمِيعَ الغِرَاسِ بِنِصْفِ أَرْضِه وَنِصْفِ الخَارِجِ، فَكَانَ عَدَمُ جَوَازِ هَذَا العَقْدِ لِجَهَالَة الغِرَاسِ نِصْفِهَا أَوْ جَمِيعِهَا لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً عِنْدَ العَقْدِ لا لِكَوْنِه فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ. قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهَذَا) يَعْنِي المَذْكُورَ فِي الهِدَايَة (أَصَحُّهُمَا) لأَنَّهُ نَظِيرُ مَنْ اسْتَأْجَرَ صَبَّاغًا لِيَصْبُغَ ثَوْبَهُ وَبِصَبْغِ نَفْسِه عَلَى أَنْ يَكُونَ نِصْفُ المَصْبُوغِ لِلصَّبَّاغِ فِي أَنَّ الغِرَاسَ آلَةٌ يَجْعَلُ الأَرْضَ بِهَا بُسْتَانًا كَالصَّبْغِ لِلثَّوْبِ، فَإِذَا فَسَدَتْ الإِجَارَةُ بَقِيَتْ الآلَةُ مُتَّصِلَةً بِمِلْكِ صَاحِبِ الأَرْضِ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ فَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا كَمَا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَةُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَوْبِه وَأَجْرُ عَمَلِه، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كتاب الذبائح

قَالَ (الذَّكَاةُ شَرطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) لقَولِهِ تَعَالَى ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [المائدة: ٣] وَلأَنَّ بِهَا يَتَمَيَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ مِن اللَّحمِ الطَّاهِرِ. وَكَمَا يَثبُتُ بِهِ الحِلُّ يَثبُتُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي المَأكُولِ وَغَيرِهِ، فَإِنَّهَا تُنبِئُ عَنهَا. وَمِنهَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «ذَكَاةُ الأَرضِ يُبسُهَا»[(١)] وَهِيَ اختِيَارِيَّةٌ كَالجُرحِ فِيمَا بَينَ اللَّبَّةِ وَاللَّحيَينِ، وَاضطِرَارِيَّةٌ وَهِيَ الجُرحُ فِي أَيِّ مَوضِعٍ كَانَ مِن البَدَنِ. وَالثَّانِي كَالبَدَلِ عَن الأَوَّلِ لأَنَّهُ لا يُصَارُ إِلَيهِ إِلا عِندَ العَجزِ عَن الأَوَّلِ. وَهَذَا آيَةُ البَدَلِيَّةِ، وَهَذَا لأَنَّ الأَوَّلَ أَعمَلُ فِي إِخرَاجِ الدَّمِ وَالثَّانِيَ أَقصَرُ فِيهِ، فَاكتَفَى بِهِ عِندَ العَجزِ عَن الأَوَّلِ، إِذ التَّكلِيفُ بِحَسَبِ الوُسعِ. وَمِن شَرطِهِ أَن يَكُونَ الذَّابِحُ صَاحِبَ مِلَّةِ التَّوحِيدِ إِمَّا اعتِقَادًا كَالمُسلِمِ أَو دَعوَى كَالكِتَابِيِّ، وَأَن يَكُونَ حَلالا خَارِجَ الحَرَمِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح:

كِتَابُ الذَّبَائِحِ: الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَ الْمُزَارَعَةِ وَالذَّبَائِحِ كَوْنُهُمَا إِتْلافًا فِي الْحَالِ لِلانْتِفَاعِ فِي الْمَآلِ، فَإِنَّ الزِّرَاعَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِإِتْلافِ الْحَبِّ فِي الأَرْضِ لِلانْتِفَاعِ بِمَا يَنْبُتُ مِنْهَا، وَالذَّبْحُ إِتْلافُ الْحَيَوَانِ بِإِزْهَاقِ رُوحِهِ فِي الْحَالِ لِلانْتِفَاعِ بِلَحْمِهِ بَعْدَ ذَلِكَ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْعِرَاقِيِّينَ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ الذَّبْحَ مَحْظُورًا عَقْلا، وَلَكِنَّ الشَّرْعَ أَحَلَّهُ لأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالْحَيَوَانِ. وَقَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ: هَذَا عِنْدِي بَاطِلٌ، لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَتَنَاوَلُ اللَّحْمَ قَبْلَ مَبْعَثِهِ، وَلا يُظَنُّ بِهِ أَنَّهُ كَانَ يَأْكُلُ ذَبَائِحَ الْمُشْرِكِينَ لأَنَّهُمْ كَانُوا يَذْبَحُونَ بِأَسْمَاءِ الأَصْنَامِ فَعَرَفْنَا أَنَّهُ كَانَ يَذْبَحُ وَيَصْطَادُ بِنَفْسِهِ، وَمَا كَانَ بِفِعْلِ مَا كَانَ مَحْظُورًا عَقْلا كَالْكَذِبِ وَالظُّلْمِ وَالسَّفَهِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا كَانَ يَأْكُلُ **ذَبَائِحَ أَهْلِ الْكِتَابِ**، وَلَيْسَ الذَّبْحُ كَالْكَذِبِ وَالظُّلْمِ، لأَنَّ الْمَحْظُورَ الْعَقْلِيَّ ضَرْبَانِ: مَا يُقْطَعُ بِتَحْرِيمِهِ فَلا يَرِدُ الشَّرْعُ بِإِبَاحَتِهِ إِلا عِنْدَ الضَّرُورَةِ، وَمَا فِيهِ نَوْعُ تَجْوِيزٍ مِنْ حَيْثُ تَصَوُّرُ مَنْفَعَةٍ فَيَجُوزُ أَنْ يَرِدَ الشَّرْعُ بِإِبَاحَتِهِ وَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ قَبْلَهُ نَظَرًا إِلَى نَفْعِهِ كَالْحِجَامَةِ لِلأَطْفَالِ وَتَدَاوِيهِمْ بِمَا فِيهِ أَلَمٌ لَهُمْ، وَالذَّكَاةُ الذَّبْحُ، وَأَصْلُ تَرْكِيبِ التَّذْكِيَةِ يَدُلُّ عَلَى التَّمَامِ وَمِنْهُ ذَكَاءُ السِّنِّ بِالْمَدِّ لِنِهَايَةِ الشَّبَابِ، وَذَكَا النَّارَ بِالْقَصْرِ لِتَمَامِ اشْتِعَالِهَا، وَمَعْنَى قَوْلِهِ (الذَّكَاةُ

---

(١) سبق تخريجه في الأنجاس.

شَرْطُ حِلِّ الذَّبِيحَةِ) الذَّبْحُ شَرْطُ حِلِّ أَكْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنْ الحَيَوَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ بَعْدَ قَوْلِهِ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] إلخْ. اسْتَثْنَى مِنْ الحُرْمَةِ المُذَكَّى فَيَكُونُ حَلالا، وَالمُتَرَتِّبُ عَلَى المُشْتَقِّ مَعْلُومٌ لِلصِّفَةِ المُشْتَقِّ مِنْهَا، لَكِنْ لَمَّا كَانَ الحِلُّ ثَابِتًا بِالشَّرْعِ جُعِلَتْ شَرْطًا، وَلأَنَّ غَيْرَ المُذَكَّى مَيْتَةٌ وَهِيَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا بِالحُرْمَةِ، وَلأَنَّ الدَّمَ حَرَامٌ لِنَجَاسَتِهِ لِمَا تَلَوْنَا، وَهُوَ غَيْرُ مُتَمَيِّزٍ مِنْ اللَّحْمِ، وَإِنَّمَا يَتَمَيَّزُ بِالذَّكَاةِ فَلا بُدَّ مِنْهَا لِيَتَمَيَّزَ النَّجِسُ مِنْ الطَّاهِرِ، وَلا يَلزَمُ الجَرَادُ وَالسَّمَكُ لأَنَّ حِلَّهُمَا بِلا ذَبْحٍ ثَبَتَ بِالنَّصِّ. وَكَمَا يَثْبُتُ بِالذَّبْحِ الحِلُّ فِي المَأْكُولِ يَثْبُتُ بِهِ الطَّهَارَةُ فِي غَيْرِهِ، لأَنَّ الذَّكَاةَ تُنْبِئُ عَنْ الطَّهَارَةِ، وَمِنْهَا قَوْلُهُ ﷺ «**ذَكَاةُ الأَرْضِ يُبْسُهَا**» يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا يَبِسَتْ مِنْ رُطُوبَةِ النَّجَاسَةِ طَهُرَتْ وَطَابَتْ كَمَا أَنَّ **الذَّبِيحَةَ بِالذَّكَاةِ** تَطْهُرُ وَتَطِيبُ (وَهِيَ) يَعْنِي **الذَّكَاةَ** (اخْتِيَارِيَّةٌ كَالجُرْحِ فِيمَا بَيْنَ اللَّبَّةِ) وَهِيَ الصَّدْرُ وَاللَّحْيَانِ، وَاضْطِرَارِيَّةٌ وَهُوَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنْ البَدَنِ. قَوْلُهُ (وَالثَّانِي كَالبَدَلِ عَنْ الأَوَّلِ) وَاضِحٌ، وَإِنَّمَا قَالَ كَالبَدَلِ لأَنَّ الأَبْدَالَ تُعْرَفُ بِالنَّصِّ وَلَمْ يَرِدْ فِيهِ، وَقَدْ وُجِدَتْ أَمَارَةُ البَدَلِيَّةِ فَقَالَ كَالبَدَلِ (وَمِنْ شَرْطِهِ) أَيْ وَمِنْ شَرْطِ الذَّبْحِ أَنْ يَكُونَ الذَّابِحُ صَاحِبَ مِلَّةِ التَّوْحِيدِ، إِمَّا اعْتِقَادًا كَالمُسْلِمِ، أَوْ دَعْوَى كَالكِتَابِيِّ فَإِنَّهُ يَدَّعِي مِلَّةَ التَّوْحِيدِ، وَإِنَّمَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ وَقْتَ الذَّبْحِ اسْمَ عُزَيْرٍ وَالمَسِيحِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ حَلالا خَارِجَ الحَرَمِ كَمَا سَيَجِيءُ.

قَالَ (وَذَبِيحَةُ المُسلِمِ وَالكِتَابِيِّ حَلالٌ) لِمَا تَلَونَا. وَلِقَولِهِ تَعَالَى ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وَيَحِلُّ إِذَا كَانَ يَعقِلُ التَّسمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضبِطُ وَإِن كَانَ صَبِيًّا أَو مَجنُونًا أَو امرَأَةً، أَمَّا إِذَا كَانَ لا يَضبِطُ وَلا يَعقِلُ التَّسمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ لا تَحِلُّ لأَنَّ التَّسمِيَةَ عَلَى الذَّبِيحَةِ شَرطٌ بِالنَّصِّ وَذَلِكَ بِالقَصدِ. وَصِحَّةُ القَصدِ بِمَا ذَكَرنَا. وَالأَقلَفُ وَالمَختُونُ سَوَاءٌ لِمَا ذَكَرنَا، وَإِطلاقُ الكِتَابِيِّ يَنتَظِمُ الكِتَابِيَّ وَالذِّمِّيَّ وَالحَربِيَّ وَالعَرَبِيَّ وَالتَّغلِبِيَّ، لأَنَّ الشَّرطَ قِيَامُ المِلَّةِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ (وَلا تُؤكَلُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «سُنُّوا بِهِم سُنَّةَ أَهلِ الكِتَابِ غَيرَ نَاكِحِي نِسَائِهِم وَلا آكِلِي ذَبَائِحِهِم»[1] وَلأَنَّهُ لا يَدَّعِي التَّوحِيدَ فَانعَدَمَت المِلَّةُ اعتِقَادًا وَدَعوَى. قَالَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٦٥): غريب بهذا اللفظ.

(وَالمُرتَدّ) لأَنَّهُ لا مِلَّةَ لَهُ. فَإِنَّهُ لا يُقِرُّ عَلَى مَا انتَقَلَ إِلَيهِ، بِخِلافِ الكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيرِ دِينِهِ لأَنَّهُ يُقِرُّ عَلَيهِ عِندَنَا فَيُعتَبَرُ مَا هُوَ عَلَيهِ عِندَ الذَّبحِ لا مَا قَبلَهُ. قَالَ (وَالوَثَنِيّ) لأَنَّهُ لا يَعتَقِدُ المِلَّةَ. قَالَ (وَالمُحرِمُ) يَعنِي مِن الصَّيدِ (وَكَذَا لا يُؤكَلُ مَا ذُبِحَ فِي الحَرَمِ مِن الصَّيدِ) وَالإِطلاقُ فِي المُحرِمِ يَنتَظِمُ الحِلَّ وَالحَرَمَ، وَالذَّبحُ فِي الحَرَمِ يَستَوِي فِيهِ الحَلالُ وَالمُحرِمُ، وَهَذَا لأَنَّ الذَّكَاةَ فِعلٌ مَشرُوعٌ وَهَذَا الصَّنِيعُ مُحَرَّمٌ فَلَم تَكُن ذَكَاةً، بِخِلافِ مَا إِذَا ذَبَحَ المُحرِمُ غَيرَ الصَّيدِ أَو ذَبَحَ فِي الحَرَمِ غَيرَ الصَّيدِ صَحَّ لأَنَّهُ فِعلٌ مَشرُوعٌ، إِذ الحَرَمُ لا يُؤَمِّنُ الشَّاةَ، وَكَذَا لا يَحرُمُ ذَبحُهُ عَلَى المُحرِمِ.

الشرح:

قَالَ (**وَذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالكِتَابِيِّ** حَلالٌ إلَخْ) ذَبِيحَةُ المُسْلِمِ وَالكِتَابِيِّ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرْبِيًّا حَلالٌ إذَا أَتَى بِهِ مَذْبُوحًا، وَأَمَّا إذَا ذَبَحَ بِالحُضُورِ فَلا بُدَّ مِنْ الشَّرْطِ المَذْكُورِ وَهُوَ أَنْ لا يَذْكُرَ غَيْرَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى (وَقَوْلُهُ لِمَا تَلَوْنَا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وَلَمَّا اسْتَشْعَرَ أَنْ يُقَالَ ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ عَامٌّ مَخْصُوصٌ لِخُرُوجِ **الوَثَنِيِّ وَالمُرْتَدِّ وَالمَجُوسِيِّ** فَلا يَكُونُ قَاطِعًا فِي الإِفَادَةِ ضَمَّ إلَيْهِ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ قَالَ البُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ: قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: طَعَامُهُمْ ذَبَائِحُهُمْ. وَاسْتَدَلَّ بَعْضٌ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِتَخْصِيصِ أَهْلِ الكِتَابِ بِالذِّكْرِ فَائِدَةٌ، فَإِنَّ **المَجُوسِيَّ إذَا اصْطَادَ سَمَكَةً** حَلَّ أَكْلُهَا: وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ التَّخْصِيصَ بِاسْمِ العَلَمِ لا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ (وَيَحِلُّ إذَا كَانَ **الذَّابِحُ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ**) قِيلَ يَعْنِي يَعْقِلُ لَفْظَ التَّسْمِيَةِ، وَقِيلَ يَعْقِلُ أَنَّ حِلَّ الذَّبِيحَةِ بِالتَّسْمِيَةِ (وَالذَّبِيحَةَ) يَعْنِي يَقْدِرُ عَلَى الذَّبْحِ وَيَضْبِطُهُ: أَيْ يَعْلَمُ شَرَائِطَ الذَّبْحِ مِنْ فَرْيِ الأَوْدَاجِ وَالحُلْقُومِ (وَإِنْ كَانَ) أَيْ **الذَّابِحُ** (**صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا**) قَالَ فِي النِّهَايَةِ أَيْ مَعْتُوهًا، لأَنَّ المَجْنُونَ لا قَصْدَ لَهُ وَلا بُدَّ مِنْهُ، لأَنَّ التَّسْمِيَةَ شَرْطٌ بِالنَّصِّ وَهِيَ بِالقَصْدِ، وَصِحَّةُ القَصْدِ بِمَا ذَكَرْنَا: يَعْنِي قَوْلَهُ إذَا كَانَ يَعْقِلُ التَّسْمِيَةَ وَالذَّبِيحَةَ وَيَضْبِطُهُ، وَالأَقْلَفُ وَالمَخْتُونُ سَوَاءٌ لِمَا ذَكَرْنَا. قِيلَ أَرَادَ الآيَتَيْنِ المَذْكُورَتَيْنِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ عَادَتَهُ فِي مِثْلِهِ لِمَا تَلَوْنَا. وَقِيلَ أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ لأَنَّ حِلَّ الذَّبِيحَةِ يَعْتَمِدُ المِلَّةَ وَهَذَا لَيْسَ بِمَذْكُورٍ فِي الكِتَابِ، وَالأَوْلَى أَنْ يُجْعَلَ إشَارَةً إلَى الآيَةِ وَإِلَى قَوْلِهِ وَلأَنَّ بِهِ يَتَمَيَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ مِنْ اللَّحْمِ

الطَّاهِرِ وَعَادَتُهُ فِي مِثْلِهِ ذَلِكَ. قِيلَ إِنَّمَا ذَكَرَ الأَقْلَفَ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَإِنَّهُ يَقُولُ: **شَهَادَةُ الأَقْلَفِ وَذَبِيحَتُهُ** لا تَجُوزُ. وَقَوْلُهُ وَإِطْلاقُ الكِتَابِ يَنْتَظِمُ كَذَا ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ المِلَّةِ) فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ لا يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ المَشْرُوطِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ شَرْطٌ فِي مَعْنَى العِلَّةِ، وَقَوْلُهُ (وَلا تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (بِخِلافِ الكِتَابِيِّ إِذَا تَحَوَّلَ إِلَى غَيْرِ دِينِهِ) يُرِيدُ بِهِ مِنْ أَدْيَانِ أَهْلِ الكِتَابِ، أَمَّا إِذَا تَمَجَّسَ فَلا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ.

قَالَ (وَإِن تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسمِيَةَ عَمداً فَالذَّبِيحَةُ مَيتَةٌ لا تُؤكَلُ وَإِن تَركَهَا نَاسِياً أُكِلَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: أُكِلَ فِي الوَجهَينِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لا يُؤكَلُ فِي الوَجهَينِ وَالمُسلِمُ وَالكِتَابِيُّ فِي تَركِ التَّسمِيَةِ سَوَاءٌ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا تَرَكَ التَّسمِيَةَ عِندَ إِرسَالِ البَازِي وَالكَلبِ، وَعِندَ الرَّميِ، وَهَذَا القَولُ مِن الشَّافِعِيِّ مُخَالِفٌ لِلإِجمَاعِ فَإِنَّهُ لا خِلافَ فِيمَن كَانَ قَبلَهُ فِي حُرمَةِ مَترُوكِ التَّسمِيَةِ عَامِداً، وَإِنَّمَا الخِلافُ بَينَهُم فِي مَترُوكِ التَّسمِيَةِ نَاسِياً. فَمِن مَذهَبِ ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا أَنَّهُ يَحرُمُ، وَمِن مَذهَبِ عَلِيٍّ وَابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أَنَّهُ يَحِلُّ، بِخِلافِ مَترُوكِ التَّسمِيَةِ عَامِداً، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إِنَّ مَترُوكَ التَّسمِيَةِ عَامِداً لا يَسَعُ فِيهِ الاجتِهَادُ، وَلَو قَضَى القَاضِي بِجَوَازِ بَيعِهِ لا يَنفُذُ لِكَونِهِ مُخَالِفاً لِلإِجمَاعِ، لَهُ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «المُسلِمُ يَذبَحُ عَلَى اسمُ اللَّهِ تَعَالَى سَمَّى أَو لَم يُسَمِّ»(١) وَلأَنَّ التَّسمِيَةَ لَو كَانَت شَرطاً لِلحِلِّ لَمَا سَقَطَت بِعُذرِ النِّسيَانِ كَالطَّهَارَةِ فِي بَابِ الصَّلاةِ، وَلَو كَانَت شَرطاً فَالمِلَّةُ أُقِيمَت مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي، وَلَنَا الكِتَابُ وَهُوَ قَوله تَعَالَى ﴿ وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ **[الأنعام: ١٢١]، نَهيٌ وَهُوَ لِلتَّحرِيمِ. وَالإِجمَاعُ وَهُوَ مَا بَيَّنَّا. وَالسُّنَّةُ وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ ﷺ فَإِنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَ فِي آخِرِهِ «فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيتَ عَلَى كَلبِكَ وَلَم تُسَمِّ عَلَى كَلبِ غَيرِكَ»(٢) عَلَّلَ الحُرمَةَ بِتَركِ التَّسمِيَةِ. وَمَالِكٌ يَحتَجُّ بِظَاهِرِ مَا ذَكَرنَا، إِذ لا فَصلَ فِيهِ وَلَكِنَّا نَقُولُ: فِي اعتِبَارِ ذَلِكَ مِن الحَرَجِ مَا لا يَخفَى،**

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٦٦): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد باب ١، ٢، ٩، ومسلم في الصيد (٣، ٤، ٥)، وانظر نصب الراية (٤/٤٦٨).

لأنَّ الإنسَانَ كثِيرُ النِّسيَانِ وَالحرَجُ مَدفُوعٌ وَالسَّمعُ غيرُ مُجرًى عَلَى ظَاهِرِهِ، إذ لَو أُرِيدَ بِهِ لَجرَت المحَاجَّةُ وَظَهَرَ الانقِيَادُ وَارتَفَعَ الخِلافُ فِي الصَّدرِ الأَوَّلِ. وَالإِقَامَةُ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعذُورٌ لا يَدُلُّ عَلَيهَا فِي حَقِّ العَامِدِ وَلا عُذرَ، وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى حَالَةِ النِّسيَانِ ثُمَّ التَّسمِيَةُ فِي ذَكَاةِ الاختِيَارِ تُشتَرَطُ عِندَ الذَّبحِ وَهِيَ عَلَى المَذبُوحِ. وَفِي الصَّيدِ تُشتَرَطُ عِندَ الإِرسَالِ وَالرَّميِ وَهِيَ عَلَى الآلَةِ، لأنَّ المَقدُورَ لَهُ فِي الأَوَّلِ الذَّبحُ وَفِي الثَّانِي الرَّميُ وَالإِرسَالُ دُونَ الإِصَابَةِ فَتُشتَرَطُ عِندَ فِعلٍ يَقدِرُ عَلَيهِ، حَتَّى إذَا أَضجَعَ شَاةً وَسَمَّى فَذَبَحَ غَيرَهَا بِتِلكَ التَّسمِيَةِ لا يَجُوزُ. وَلَو رَمَى إِلَى صَيدٍ وَسَمَّى وَأَصَابَ غَيرَهُ حَلَّ، وَكَذَا فِي الإِرسَالِ، وَلَو أَضجَعَ شَاةً وَسَمَّى ثُمَّ رَمَى بِالشَّفرَةِ وَذَبَحَ بِالأُخرَى أُكِلَ، وَلَو سَمَّى عَلَى سَهمٍ ثُمَّ رَمَى بِغَيرِهِ صَيدًا لا يُؤكَلُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ إلَخْ) إنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ الذَّبْحِ اخْتِيَارِيًّا كَانَ أَوْ اضْطِرَارِيًّا عَامِدًا كَانَ أَوْ نَاسِيًا: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِشُمُول الجَوَاز وَمَالِك بِشُمُول العَدَمِ. وَعُلَمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فَصَّلُوا، إنْ تَرَكَهَا عَامِدًا فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لا تُؤْكَلُ، وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا أُكِلَ اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْله ﷺ «**المُسْلِمُ يَذْبَحُ عَلَى اسْمِ اللَّه تَعَالَى سَمَّى أَوْ لَمْ يُسَمِّ**» سَوَّى بَيْنَ التَّسْمِيَةِ وَعَدَمِهَا وَالشَّرْطُ لا يَكُونُ كَذَلِكَ، وَبِأَنَّ التَّسْمِيَةَ لَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلحِلِّ لَمَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَان، كَالطَّهَارَةِ فِي بَابِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهَا لَمَّا كَانَتْ شَرْطًا لَمْ تَجُزْ صَلَاةُ مَنْ نَسِيَ الطَّهَارَةَ لَكِنَّهَا سَقَطَتْ بِعُذْرِ النِّسْيَانِ سَلَّمْنَا أَنَّهَا شَرْطٌ لَكِنَّ المِلَّةَ أُقِيمَتْ مَقَامَهَا كَمَا فِي النَّاسِي. وَالجَوَابُ عَنْ الحَدِيث مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ النِّسْيَانِ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَدِيث عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ وَعَنْ الاسْتِدْلَال بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ المُلازَمَةَ فَإِنَّهَا تُفْضِي إِلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ العَمْدِ وَالنِّسْيَانِ وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ العَمْدِ وَالنِّسْيَانِ مَعْهُودَةٌ فِيمَا إذَا كَانَ عَلَى النَّاسِي هَيْئَةٌ مَذْكُورَةٌ كَالأَكْلِ فِي الصَّلَاةِ وَالجِمَاعِ فِي الإِحْرَامِ، وَهَاهُنَا إنْ لَمْ تَكُنْ هَيْئَةٌ تُوجِبُ النِّسْيَانَ وَهِيَ مَا يَحْصُلُ لِلذَّابِحِ عِنْدَ زَهُوق رُوحِ حَيَوَان مِنْ تَغَيُّرِ الحَال فَلَيْسَ هَيْئَةٌ مُذَكِّرَةٌ بِمَوْجُودَة، وَلِمَانِعٍ أَنْ يَمْنَعَ بُطْلَانَ التَّالِي أَيْضًا عَلَى مَذْهَب مَالِك رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنْ التَّنَزُّلِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ: يَعْنِي أَنَّ إِقَامَةَ المِلَّةِ مَقَامَ التَّسْمِيَةِ فِي حَقِّ النَّاسِي وَهُوَ مَعْذُورٌ لا يَدُلُّ فِي

حَقِّ العَامِدِ وَلا عُذْرَ لَهُ، وَأَمَّا مَا شَنَّعَ بِهِ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِكَوْنِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مُخَالِفًا لِلإِجْمَاعِ فَوَاضِحٌ. وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ فَإِنَّ فِيهِ النَّهْيَ بِأَبْلَغِ وَجْهٍ، وَهُوَ تَأْكِيدُهُ بِمِنْ الاسْتِغْرَاقِيَّةِ عَنْ أَكْلِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي الحُرْمَةَ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَهُوَ أَقْرَبُ لا مَحَالَةَ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ مَذْهَبُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَالجَوَابُ أَنَّهُ غَيْرُ مُجْرًى عَلَى ظَاهِرِهِ، إِذْ لَوْ أُرِيدَ بِهِ لَجَرَتْ المُحَاجَّةُ وَظَهَرَ الانْقِيَادُ وَارْتَفَعَ الخِلافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، لأَنَّ ظَاهِرَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ اللَّفْظُ لا يَخْفَى عَلَى أَهْلِ اللِّسَانِ، وَفِي ذَلِكَ أَيْضًا مِنْ الحَرَجِ مَا لا يَخْفَى، إِذْ الإِنْسَانُ كَثِيرُ النِّسْيَانِ، وَالحَرَجُ مَدْفُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج: ٧٨] فَيُحْمَلُ عَلَى حَالَةِ العَمْدِ دَفْعًا لِلتَّعَارُضِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [الأنعام: ١٢١]. وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ أَنَّ السَّلَفَ أَجْمَعُوا أَنَّ المُرَادَ بِهِ الذِّكْرُ حَالَ الذَّبْحِ لا غَيْرُ، وَصِلَةُ عَلَى تَدُلُّ عَلَى أَنَّ المُرَادَ بِهِ الذِّكْرُ بِاللِّسَانِ يُقَالُ ذَكَرَ عَلَيْهِ إِذَا ذَكَرَ بِاللِّسَانِ، وَذَكَرَهُ إِذَا ذَكَرَ بِالقَلْبِ. وَقَوْلُهُ ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا۟ ﴾ عَامٌّ مُؤَكَّدٌ بِمِنْ الاسْتِغْرَاقِيَّةِ الَّتِي تُفِيدُ التَّأْكِيدَ، وَتَأْكِيدُ العَامِّ يَنْفِي احْتِمَالَ الخُصُوصِ فَهُوَ غَيْرُ مُحْتَمِلٍ لِلتَّخْصِيصِ فَيَعُمُّ كُلَّ مَا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ حَالَ الذَّبْحِ عَامِدًا كَانَ أَوْ نَاسِيًا، إِلا أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ النَّاسِيَ ذَاكِرًا لِعُذْرٍ كَانَ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ النِّسْيَانُ فَإِنَّهُ مِنْ الشَّرْعِ بِإِقَامَةِ المِلَّةِ مَقَامَ الذِّكْرِ دَفْعًا لِلحَرَجِ، كَمَا أَقَامَ الأَكْلَ نَاسِيًا مَقَامَ الإِمْسَاكِ فِي الصَّوْمِ لِذَلِكَ، وَمَجَالُ الكَلامِ فِي الآيَةِ وَاسِعٌ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ وَفِي الأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ (وَالإِجْمَاعُ وَهُوَ مَا بَيَّنَّاهُ) يُرِيدُ بِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي التَّشْنِيعِ بِقَوْلِهِ فَإِنَّهُ لا خِلافَ فِيمَنْ كَانَ قَبْلَهُ فِي حُرْمَةِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا، وَإِنَّمَا الخِلافُ بَيْنَهُمْ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا إِلَخْ (وَالسُّنَّةُ) وَهُوَ حَدِيثُ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ. «فَإِنَّهُ ﷺ حِينَ سَأَلَهُ عَدِيٌّ عَمَّا إِذَا وَجَدَ مَعَ كَلْبِهِ كَلْبًا آخَرَ قَالَ: **لا تَأْكُل فَإِنَّك إِنَّمَا سَمَّيْت عَلَى كَلْبِك وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِك**» عَلَّلَ الحُرْمَةَ بِتَرْكِ التَّسْمِيَةِ **وَالمُسْلِمُ وَالكِتَابِيُّ فِي تَرْكِ التَّسْمِيَةِ سَوَاءٌ**، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا **تَرَكَ التَّسْمِيَةَ عِنْدَ إِرْسَالِ البَازِي وَالكَلْبِ وَعِنْدَ الرَّمْيِ** لَكِنَّهَا فِي ذَكَاةِ الاخْتِيَارِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الذَّبْحِ وَهِيَ عَلَى المَذْبُوحِ، وَفِي الصَّيْدِ تُشْتَرَطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ وَهِيَ عَلَى الآلَةِ لأَنَّ الطَّاعَةَ

بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَالمَقْدُورُ لَهُ فِي الأَوَّلِ الذَّبْحُ، وَفِي الثَّانِي الرَّمْيُ وَالإِرْسَالُ، وَقَدْ فَرَّعَ عَلَى ذَلِكَ فِي الكِتَابِ تَفْرِيعَاتٍ وَهِيَ وَاضِحَةٌ.

قَالَ (وَيُكرَهُ أَن يَذكُرَ مَعَ اسمِ اللَّهِ تَعَالَى شَيئًا غَيرَهُ. وَأَن يَقُولَ عِندَ الذَّبحِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّل مِن فُلانٍ) وَهَذِهِ ثَلاثُ مَسَائِلَ: إِحدَاهَا أَن يَذكُرَ مَوصُولا لا مَعطُوفًا فَيُكرَهُ وَلا تَحرُمُ الذَّبِيحَةُ. وَهُوَ المُرَادُ بِمَا قَالَ. وَنَظِيرُهُ أَن يَقُولَ: بِاسمِ اللَّهِ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ. لأَنَّ الشَّرِكَةَ لَم تُوجَد فَلَم يَكُن الذَّبحُ وَاقِعًا لَهُ. إِلا أَنَّهُ يُكرَهُ لِوُجُودِ القِرَانِ صُورَةً فَيُتَصَوَّرُ بِصُورَةِ المُحَرَّمِ. وَالثَّانِيَةُ أَن يَذكُرَ مَوصُولا عَلَى وَجهِ العَطفِ وَالشَّرِكَةِ بِأَن يَقُولَ: بِاسمِ اللَّهِ وَاسمِ فُلانٍ، أَو يَقُولَ: بِاسمِ اللَّهِ وَفُلانٍ. أَو بِاسمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ بِكَسرِ الدَّالِ فَتَحرُمُ الذَّبِيحَةُ لأَنَّهُ أَهَلَّ بِهِ لِغَيرِ اللَّهِ. وَالثَّالِثَةُ أَن يَقُولَ مَفصُولا عَنهُ صُورَةً وَمَعنًى بِأَن يَقُولَ قَبلَ التَّسمِيَةِ وَقَبلَ أَن يُضجِعَ الذَّبِيحَةَ أَو بَعدَهُ، وَهَذَا لا بَأسَ بِهِ لِمَا رُوِيَ عَن «النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ بَعدَ الذَّبحِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّل هَذِهِ عَن أُمَّةِ مُحَمَّدٍ مِمَّن شَهِدَ لَكَ بِالوَحدَانِيَّةِ وَلِي بِالبَلاغِ»[1] وَالشَّرطُ هُوَ الذِّكرُ الخَالِصُ المُجَرَّدُ عَلَى مَا قَالَ ابنُ مَسعُودٍ رضي الله عنه جَرِّدُوا التَّسمِيَةَ حَتَّى لَو قَالَ عِندَ الذَّبحِ اللَّهُمَّ اغفِر لِي لا يَحِلُّ لأَنَّهُ دُعَاءٌ وَسُؤَالٌ، وَلَو قَالَ الحَمدُ لِلَّهِ أَو سُبحَانَ اللَّهِ يُرِيدُ التَّسمِيَةَ حَلَّ، وَلَو عَطَسَ عِندَ الذَّبحِ فَقَالَ الحَمدُ لِلَّهِ لا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَينِ. لأَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الحَمدَ عَلَى نِعَمِهِ دُونَ التَّسمِيَةِ. وَمَا تَدَاوَلَتهُ الأَلسُنُ عِندَ الذَّبحِ وَهُوَ قَولُهُ بِاسمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكبَرُ مَنقُولٌ عَن ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا فِي قَولِهِ تَعَالَى ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ﴾ [الحج: ٣٦].

الشرح:

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى شَيْئًا غَيْرَهُ إلَخْ) المَسَائِلُ المَذْكُورَةُ ظَاهِرَةٌ وَقَوْلُهُ (وَمُحَمَّد رَسُول اللَّه بِكَسْرِ الدَّال) يُشِيرُ إلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ غَيْرَ مَكْسُورٍ لا يَحْرُمُ، قِيلَ هَذَا إذَا كَانَ يَعْرِفُ النَّحْوَ. وَقَالَ التُّمُرْتَاشِيُّ: إنْ خَفَضَهُ لا يَحِلُّ لأَنَّهُ يَصِيرُ ذَابِحًا بِهِمَا، وَإِنْ رَفَعَهُ حَلَّ لأَنَّهُ كَلامٌ مُبْتَدأٌ، وَإِنْ نَصَبَهُ اخْتَلَفُوا فِيهِ؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ عَلَى قِيَاسِ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لا يَرَى الخَطَأَ فِي النَّحْوِ مُعْتَبَرًا فِي بَابِ الصَّلاةِ وَنَحْوِهَا لا يَحْرُمُ وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ قَالَ عِنْدَ الذَّبْحِ) إشَارَةٌ إلَى أَنَّهُ لَوْ قَدَّمَهُ أَوْ

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (١٩)، وانظر نصب الراية (٤/٤٦٩).

أَخَّرَهُ لا بَأْسَ بِهِ (وَلَوْ قَالَ سُبْحَانَ اللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ يُرِيدُ التَّسْمِيَةَ حَلَّ بِلا خِلافٍ) وَالفَرْقُ لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ التَّكْبِيرِ أَنَّ المَأْمُورَ بِهِ هَاهُنَا الذِّكْرُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ فَٱذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ ﴾: أَيْ قَائِمَات صَفَفْنَ أَيْدِيَهُنَّ وَأَرْجُلَهُنَّ وَهُنَاكَ التَّكْبِيرُ، وَبِهَذِهِ الأَلْفَاظِ لا يَكُونُ مُكَبِّرًا (وَلَوْ عَطَسَ عِنْدَ الذَّبْحِ فَقَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ لا يَحِلُّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ) وَالفَرْقُ لأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْخَطِيبِ وَإِذَا عَطَسَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ عَلَى الْمِنْبَرِ فَقَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصَلِّيَ الْجُمُعَةَ بِذَلِكَ الْقَدْرِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ بِأَنَّ المَأْمُورَ بِهِ هُنَاكَ ذِكْرُ اللَّهِ مُطْلَقًا. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ [الجمعة: ٩] وَهَاهُنَا الذِّكْرُ عَلَى الذَّبْحِ.

قَالَ (وَالذَّبحُ بَينَ الحَلقِ وَاللَّبَّةِ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا بَأسَ بِالذَّبحِ فِي الحَلقِ كُلِّهِ وَسَطِهِ وَأَعلاهُ وَأَسفَلِهِ، وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الذَّكَاةُ مَا بَينَ اللَّبَّةِ وَاللَّحيَينِ»[(١)]، وَلأَنَّهُ مَجمَعُ المَجرَى وَالعُرُوقِ فَيَحصُلُ بِالفِعلِ فِيهِ إِنهَارُ الدَّمِ عَلَى أَبلَغِ الوُجُوهِ فَكَانَ حُكمُ الكُلِّ سَوَاءً. قَالَ (وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَربَعَةٌ: الحُلقُومُ، وَالمَرِيءُ، وَالوَدَجَانِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَفرِ الأَودَاجَ بِمَا شِئتَ»[(٢)]. وَهِيَ اسمُ جَمعٍ وَأَقَلُّهُ الثَّلاثُ فَيَتَنَاوَلُ المَرِيءَ وَالوَدَجَينِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي الاكتِفَاءِ بِالحُلقُومِ وَالمَرِيءِ، إِلا أَنَّهُ لا يُمكِنُ قَطعُ هَذِهِ الثَّلاثَةِ إِلا بِقَطعِ الحُلقُومِ فَيَثبُتُ قَطعُ الحُلقُومِ بِاقتِضَائِهِ، وَبِظَاهِرِ مَا ذَكَرنَا يَحتَجُّ مَالِكٌ وَلا يُجَوِّزُ الأَكثَرَ مِنهَا بَل يَشتَرِطُ قَطعَ جَمِيعِهَا (وَعِندَنَا إِن قَطَعَهَا حَلَّ الأَكلُ، وَإِن قَطَعَ أَكثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالا: لا بُدَّ مِن قَطعِ الحُلقُومِ وَالمَرِيءِ وَأَحَدِ الوَدَجَينِ. قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَ القُدُورِيُّ الاختِلافَ فِي مُختَصَرِهِ. وَالمَشهُورُ فِي كُتُبِ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ هَذَا قَولُ أَبِي يُوسُفَ وَحدَهُ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِن قَطَعَ نِصفَ الحُلقُومِ وَنِصفَ الأَودَاجِ لَم يُؤكَل. وَإِن قَطَعَ أَكثَرَ الأَودَاجِ وَالحُلقُومَ قَبلَ أَن يَمُوتَ أُكِلَ. وَلَم يَحكِ خِلافًا فَاختَلَفَت الرِّوَايَةُ فِيهِ. وَالحَاصِلُ أَنَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا قَطَعَ الثَّلاثَ: أَيَّ ثَلاثٍ كَانَ يَحِلُّ، وَبِهِ كَانَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ أَوَّلا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرنَا. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعتَبِرُ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٧١): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨١٦)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٤).

أَكثَرَ كُلِّ فَردٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لأَنَّ كُلَّ فَردٍ مِنهَا أَصلٌ بِنَفسِهِ لانفِصَالِهِ عَن غَيرِهِ وَلِوُرُودِ الأَمرِ بِفَريِهِ فَيُعتَبَرُ أَكثَرُ كُلِّ فَردٍ مِنهَا. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقصُودَ مِن قَطعِ الوَدَجَينِ إِنهَارُ الدَّمِ فَيَنُوبُ أَحَدُهُمَا عَن الآخَرِ، إِذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَجرَى الدَّمِ. أَمَّا الحُلقُومُ فَيُخَالِفُ المَرِيءَ فَإِنَّهُ مَجرَى العَلَفِ وَالمَاءِ، وَالمَرِيءُ مَجرَى النَّفَسِ فَلا بُدَّ مِن قَطعِهِمَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الأَكثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنَ الأَحكَامِ، وَأَيُّ ثَلاثٍ قَطَعَهَا فَقَد قَطَعَ الأَكثَرَ مِنهَا وَمَا هُوَ المَقصُودُ يَحصُلُ بِهَا هُوَ إِنهَارُ الدَّمِ المَسفُوحِ وَالتَّوحِيَةُ فِي إِخرَاجِ الرُّوحِ، لأَنَّهُ لا يَحيَا بَعدَ قَطعِ مَجرَى النَّفَسِ أَو الطَّعَامِ، وَيَخرُجُ الدَّمُ بِقَطعِ أَحَدِ الوَدَجَينِ فَيُكتَفَى بِهِ تَحَرُّزًا عَن زِيَادَةِ التَّعذِيبِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصفَ لأَنَّ الأَكثَرَ بَاقٍ فَكَأَنَّهُ لَم يَقطَع شَيئًا احتِيَاطًا لِجَانِبِ الحُرمَةِ.

الشرح:

(**وَالذَّبْحُ** بَيْنَ الحَلقِ وَاللَّبَّة، وَفِي الجَامعِ الصَّغيرِ: لا بَأْسَ بالذَّبْحِ فِي الحَلقِ كُلِّه وَسَطَهُ وَأَعْلاهُ وَأَسْفَلَهُ) وَأَتى بلَفْظ الجَامعِ الصَّغيرِ لأَنَّ فيه بَيَانًا لَيْسَ فِي رِوَايَة القُدُوريِّ، وَذَلكَ لأَنَّ فِي رِوَايَة القُدُوريِّ الذَّبْحَ بَيْنَ الحَلقِ وَاللَّبَّة وَلَيْس بَيْنَهُمَا مَذْبَحٌ غَيْرُهُمَا، فَيُحْمَلُ عَلَى مَا يَدُلُّ عَلَيْه لَفْظُ الجَامعِ الصَّغيرِ. وَالأَصْلُ فيه قَوْلُهُ ﷺ «**الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّة وَاللَّحْيَيْنِ**» وَهُوَ يَقْتَضِي جَوَازَ **الذَّبْحِ فَوْقَ الحَلقِ قَبْلَ العُقْدَة**، لأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ العُقْدَة فَهُوَ بَيْنَ اللَّبَّة وَاللَّحْيَيْنِ، وَهُوَ دَليلٌ ظَاهرٌ للإمَامِ الرُّسْتُغْفَنيِّ رَحمَهُ اللَّهُ فِي حلِّ مَا بَقِيَ عُقْدَةُ الحُلقُومِ ممَّا يَلِي الصَّدْرَ. وَرِوَايَةُ المَبْسُوط أَيْضًا تُسَاعدُهُ، وَلَكنْ صَرَّحَ فِي ذَبَائِحِ الذَّخيرَة أَنَّ **الذَّبْحَ إِذَا وَقَعَ أَعْلَى منْ الحُلقُومِ** لا يَحلُّ، وَكَذَلكَ فِي فَتَاوَى أَهْل سَمَرْقَنْدَ لأَنَّهُ ذَبحَ فِي غَيْرِ المَذْبَحِ، وَهُوَ مُخَالفٌ لظَاهرِ الحَديث كَمَا تَرَى، وَلأَنَّ مَا بَيْنَ اللَّبَّة وَاللَّحْيَيْنِ مَجْمَعُ العُرُوق وَالمَجْرَى فَيَحْصُلُ بالفعْل فيه إِنْهَارُ الدَّمِ عَلَى أَبْلَغِ الوُجُوه، وَكَانَ حُكْمُ الكُلِّ سَوَاءً، وَلا مُعْتَبَرَ بالعُقْدَة. قَالَ (**وَالعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاة إِلَخْ**) العُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاة أَرْبَعَةٌ: الحُلقُومُ وَالمَرِيءُ، وَالوَدَجَان وَاخْتَلَفَ العُلَمَاءُ رَحمَهُمُ اللَّهُ فِي اشْترَاط مَا يُقْطَعُ منْهَا للحلِّ؛ فَذَهَبَ الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللَّهُ إِلَى الاكْتفَاء بالحُلقُومِ وَالمَرِيءِ: وَذَهَبَ مَالكٌ رَحمَهُ اللَّهُ إِلَى اشْترَاط قَطْعِ جَميعهَا، وَذَهَبَ أَبُو يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ إِلَى اشْترَاط قَطْعِ الحُلقُومِ وَالمَرِيءِ وَأَحَد الوَدَجَيْنِ رَجَعَ إِلَيْه بَعْدَمَا

كَانَ قَوْلُهُ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ كَمَا نَذْكُرُهُ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ قَوْلُ مُحَمَّد أَيْضًا. وَقَالَ الْمُصَنِّفُ: الْمَشْهُورُ فِي كُتُبِ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَحْدَهُ. وَذُكِرَ عَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ يَعْتَبِرُ أَكْثَرَ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَقَدْ اكْتَفَى بِقَطْعِ الثَّلاث أَيُّهَا كَانَتْ، وَهِيَ ثَلاثَةُ أَوْجُه، وَإِنْ قَطَعَ الْجَمِيعُ فَهُوَ أَوْلَى وَهُوَ وَجْهٌ رَابِعٌ، وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ «**أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْتَ**» وَالفَرْيُ: الْقَطْعُ لِلإِصْلاحِ، وَالإِفْرَاءُ: القَطْعُ لِلإِفْسَادِ فَيَكُونُ كَسْرُ الهَمْزَةِ أَنْسَبَ، وَلِهَذَا قَالَ بَعْدَ هَذَا لِوُرُودِ الأَمْرِ بِفَرْيِه.

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّهُ جَمَعَ الأَوْدَاجَ وَمَا ثَمَّةَ إلا الوَدَجَان، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا مَا يَحْصُلُ بِهِ زُهُوقُ الرُّوحِ وَهُوَ بِقَطْعِ الْحُلقُومِ وَالْمَرِيءِ، لأَنَّ الْحَيَوَانَ لا يَعِيشُ بَعْدَ قَطْعِهِمَا، وَهُوَ ضَعِيفٌ لَفْظًا وَمَعْنًى. أَمَّا لَفْظًا فَلأَنَّ الأَوْدَاجَ لا دَلالَةَ لَهَا عَلَى الْحُلقُومِ وَالْمَرِيءِ أَصْلا. وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّ الْمَقْصُودَ إِسَالَةُ الدَّمِ النَّجِسِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِقَطْعِ مَجْرَاهُ، وَاحْتَجَّ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِظَاهِرِ دَلالَة اللَّفْظ وَبِمَا يَقْتَضِيه، فَإِنَّ الأَوْدَاجَ جَمْعٌ وَأَقَلُّهُ ثَلاثٌ فَيَتَنَاوَلُ الْمَرِيءَ وَالوَدَجَيْنِ، وَقَطْعُ هَذِهِ الثَّلاثَة بِدُون قَطْعِ الْحُلقُومِ مُتَعَذِّرٌ فَثَبَتَ قَطْعُ الْحُلقُومِ بِالاقْتِضَاءِ، وَجَوَابُهُ سَيَجِيءُ. وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ قَطْعِ الوَدَجَيْنِ إِنْهَارُ الدَّمِ فَيَنُوبُ أَحَدُهُمَا مَنَابَ الآخَرِ، إِذَا كُلٌّ مِنْهُمَا مَجْرَى الدَّمِ، أَمَّا الْحُلقُومُ فَيُخَالِفُ الْمَرِيءَ، فَإِنَّ الْمَرِيءَ مَجْرَى العَلَفِ وَالْمَاءِ وَالْحُلقُومُ مَجْرَى النَّفَسِ. وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ بِالعَكْسِ، وَلَيْسَ يُجِيدُ فَلا بُدَّ مِنْ قَطْعِهِمَا وَهُوَ قَرِيبٌ، وَجَوَابُهُ سَيَجِيءُ. وَاحْتَجَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْهَا أَصْلٌ بِنَفْسِه لانْفِصَاله عَنْ غَيْرِه وَلِوُرُودِ الأَمْرِ بِفَرْيِه، وَالأَكْثَرُ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ فَيُعْتَبَرُ أَكْثَرُ كُلٍّ مِنْ الأُمُورِ الأَرْبَعَة وَهُوَ أَقْرَبُ كَمَا تَرَى. وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ الأَكْثَرَ يَقُومُ مَقَامَ الكُلِّ فِي كَثِيرٍ مِنْ الأَحْكَامِ، وَأَيُّ ثَلاث قَطَعَهَا فَقَدْ قَطَعَ الأَكْثَرَ مِنْهَا وَمَا هُوَ الْمَقْصُودُ يَحْصُلُ بِهَا وَهُوَ إِنْهَارُ الدَّمِ الْمَسْفُوحِ وَالتَّوْحِيَةُ: أَيْ التَّعْجِيلُ فِي إِخْرَاجِ الرُّوحِ، لأَنَّهُ لا يَحْيَا بَعْدَ قَطْعِ مَجْرَى النَّفَسِ أَوْ الطَّعَامِ.

وَبِهَذَا يَحْصُلُ جَوَابُ أَبِي يُوسُفَ، وَبِقَوْلِه (وَيَخْرُجُ الدَّمُ بِقَطْعِ أَحَد الوَدَجَيْنِ فَيُكْتَفَى بِهِ تَحَرُّزًا عَنْ زِيَادَةِ التَّعْذِيبِ) جَوَابُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يُقَالُ: الأَوْدَاجُ جَمْعٌ

دَخَلَ عَلَيْهِ الأَلِفُ وَاللامُ وَلَيْسَ ثَمَّةَ مَعْهُودٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ﴾ [الأحزاب: ٥٢] لأَنَّ مَا تَحْتَهُ لَيْسَ أَفْرَادُهُ حَقِيقَةً وَالانْصِرَافُ إِلَى الجِنْسِ فِيمَا يَكُونُ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا قَطَعَ النِّصْفَ لأَنَّ الأَكْثَرَ بَاقٍ) قِيلَ: يَعْنِي أَكْثَرَ المُرَخَّصِ فِيهِ وَهُوَ الثَّلاثَةُ، فَإِنَّ الاثْنَيْنِ لَمَّا كَانَا بَاقِيَيْنِ كَانَ أَكْثَرُ المُرَخَّصِ بَاقِيًا فَلا يَحِلُّ. وَقِيلَ لَمَّا كَانَ جَانِبُ الحُرْمَةِ مُرَجَّحًا كَانَ لِلنِّصْفِ البَاقِي حُكْمُ الأَكْثَرِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ شَيْئًا وَرُبَّمَا لَوَّحَ إِلَى هَذَا بِقَوْلِهِ احْتِيَاطًا لِجَانِبِ الحُرْمَةِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ الذَّبحُ بِالظُّفرِ وَالسِّنِّ وَالقَرنِ إِذَا كَانَ مَنزُوعًا حَتَّى لا يَكُونَ بِأَكلِهِ بَأسٌ، إِلا أَنَّهُ يُكرَهُ هَذَا الذَّبحُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: المَذبُوحُ مَيتَةٌ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «كُلُّ مَا أَنهَرَ الدَّمَ وَأَفرَى الأَودَاجَ مَا خَلا الظُّفرُ وَالسِّنُّ فَإِنَّهُمَا مُدَى الحَبَشَةِ»[1] **وَلأَنَّهُ فِعلٌ غَيرُ مَشرُوعٍ فَلا يَكُونُ ذَكَاةً كَمَا إِذَا ذُبِحَ بِغَيرِ المَنزُوعِ، وَلَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَنهِرِ الدَّمَ بِمَا شِئتَ» وَيُروَى «أَفرِ الأَودَاجَ بِمَا شِئتَ»**[2] **وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى غَيرِ المَنزُوعِ فَإِنَّ الحَبَشَةَ كَانُوا يَفعَلُونَ ذَلِكَ، وَلأَنَّهُ آلَةٌ جَارِحَةٌ فَيَحصُلُ بِهِ مَا هُوَ المَقصُودُ وَهُوَ إِخرَاجُ الدَّمِ وَصَارَ كَالحَجَرِ وَالحَدِيدِ، بِخِلافِ غَيرِ المَنزُوعِ لأَنَّهُ يُقتَلُ بِالثِّقلِ فَيَكُونُ فِي مَعنَى المُنخَنِقَةِ، وَإِنَّمَا يُكرَهُ لأَنَّ فِيهِ استِعمَالَ جُزءِ الآدَمِيِّ وَلأَنَّ فِيهِ إِعسَارًا عَلَى الحَيَوَانِ وَقَد أُمِرنَا فِيهِ بِالإِحسَانِ.**

قَالَ (وَيَجُوزُ الذَّبحُ بِاللِّيطَةِ وَالمَروَةِ وَكُلِّ شَيءٍ أَنهَرَ الدَّمَ إِلا السِّنَّ القَائِمَ وَالظُّفرَ القَائِمَ) فَإِنَّ المَذبُوحَ بِهِمَا مَيتَةٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَنَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلَى أَنَّهَا مَيتَةٌ لأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ نَصًّا. وَمَا لَم يَجِد فِيهِ نَصًّا يَحتَاطُ فِي ذَلِكَ، فَيَقُولُ فِي الحِلِّ لا بَأسَ بِهِ وَفِي الحُرمَةِ يَقُولُ يُكرَهُ أَو لَم يُؤكَل. قَالَ (وَيُستَحَبُّ أَن يُحِدَّ الذَّابِحُ شَفرَتَهُ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ الإِحسَانَ عَلَى كُلِّ شَيءٍ، فَإِذَا قَتَلتُم فَأَحسِنُوا القِتلَةَ، وَإِذَا ذَبَحتُم فَأَحسِنُوا الذِّبحَةَ، وَليُحِدَّ أَحَدُكُم شَفرَتَهُ وَليُرِح ذَبِيحَتَهُ»[3] **وَيُكرَهُ أَن يُضجِعَهَا ثُمَّ يُحِدَّ الشَّفرَةَ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَنَّهُ رَأَى رَجُلا**

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٢١)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع (٤/٣٣)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٤).

أَضجعَ شَاةً وَهُوَ يُحِدُّ شفرَتَهُ فَقَالَ: لَقَد أَردت أَن تُميتَهَا موتَاتٍ، هَلا حَدَدتها قَبلَ أَن تُضجِعَهَا»[١] قَالَ (وَمَن بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ أَو قَطَعَ الرَّأسَ كُرِهَ لَهُ ذَلكَ وَتُؤكَلُ ذَبِيحَتُهُ) وَفِي بَعضِ النُّسَخِ: قَطَعَ مَكَانَ بَلَغَ. وَالنُّخَاعُ عِرقٌ أَبيَضُ فِي عَظمِ الرَّقَبَةِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلمَا رُوِيَ عَن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَنَّهُ نَهَى أَن تُنخَعَ الشَّاةُ إذَا ذُبِحَت»[٢] وَتَفسِيرُهُ مَا ذَكَرنَاهُ، وَقِيلَ مَعنَاهُ: أَن يَمُدَّ رَأسَهُ حَتَّى يَظهَرَ مَذبَحُهُ، وَقِيلَ أَن يَكسِرَ عُنُقَهُ قَبلَ أَن يَسكُنَ مِن الاضطِرَابِ، وَكُلُّ ذَلكَ مَكرُوهٌ، وَهَذَا لأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلكَ وَفِي قَطعِ الرَّأسِ زِيَادَةَ تَعذِيبِ الحَيَوَانِ بِلا فَائِدَةٍ وَهُوَ مَنهِيٌّ عَنهُ. وَالحَاصِلُ أَنَّ مَا فِيهِ زِيَادَةَ إيلامٍ لا يَحتَاجُ إلَيهِ فِي الذَّكَاةِ مَكرُوهٌ. وَيُكرَهُ أَن يَجُرَّ مَا يُرِيدُ ذَبحَهُ بِرِجلِهِ إلَى المَذبَحِ، وَأَن تُنخَعَ الشَّاةُ قَبلَ أَن تَبرُدَ: يَعنِي تَسكُنَ مِن الاضطِرَابِ، وَبَعدَهُ لا أَلَمَ فَلا يُكرَهُ النَّخعُ وَالسَّلخُ، إلا أَنَّ الكَرَاهَةَ لِمَعنًى زَائِدٍ وَهُوَ زِيَادَةُ الأَلَمِ قَبلَ الذَّبحِ أَو بَعدَهُ فَلا يُوجِبُ التَّحرِيمَ فَلِهَذَا قَالَ: تُؤكَلُ ذَبِيحَتُهُ.

قَالَ (فَإِن ذَبَحَ الشَّاةَ مِن قَفَاهَا فَبَقِيَت حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ العُرُوقَ حَلَّ) لِتَحَقُّقِ المَوتِ بِمَا هُوَ ذَكَاةٌ، وَيُكرَهُ لأَنَّ فِيهِ زِيَادَةَ الأَلَمِ مِن غَيرِ حَاجَةٍ فَصَارَ كَمَا إذَا جَرَحَهَا ثُمَّ قَطَعَ الأَودَاجَ (وَإِن مَاتَت قَبلَ قَطعِ العُرُوقِ لَم تُؤكَل) لِوُجُودِ المَوتِ بِمَا لَيسَ بِذَكَاةٍ فِيهَا. قَالَ (وَمَا استَأنَسَ مِن الصَّيدِ فَذَكَاتُهُ الذَّبحُ، وَمَا تَوَحَّشَ مِن النَّعَمِ فَذَكَاتُهُ العَقرُ وَالجُرحُ) لأَنَّ ذَكَاةَ الاضطِرَارِ إنَّمَا يُصَارُ إلَيهِ عِندَ العَجزِ عَن ذَكَاةِ الاختِيَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالعَجزُ مُتَحَقِّقٌ فِي الوَجهِ الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ (وَكَذَا مَا تَرَدَّى مِن النَّعَمِ فِي بِئرٍ وَوَقَعَ العَجزُ عَن ذَكَاةِ الاختِيَارِ) لِمَا بَيَّنَّا.

وَقَالَ مَالِكٌ: لا يَحِلُّ بِذَكَاةِ الاضطِرَارِ فِي الوَجهَينِ لأَنَّ ذَلكَ نَادِرٌ. وَنَحنُ نَقُولُ: المُعتَبَرُ حَقِيقَةُ العَجزِ وَقَد تَحَقَّقَ فَيُصَارُ إلَى البَدَلِ، كَيفَ وَإِنَّا لا نُسَلِّمُ النُّدرَةَ بَل هُوَ غَالِبٌ. وَفِي الكِتَابِ أَطلَقَ فِيمَا تَوَحَّشَ مِن النَّعَمِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّاةَ إذَا نَدَّت فِي الصَّحرَاءِ فَذَكَاتُهَا العَقرُ، وَإِن نَدَّت فِي المِصرِ لا تَحِلُّ بِالعَقرِ لأَنَّهَا لا تَدفَعُ عَن نَفسِهَا فَيُمكِنُ أَخذُهَا فِي المِصرِ فَلا عَجزَ، وَالمِصرُ وَغَيرُهُ سَوَاءٌ فِي البَقَرِ وَالبَعِيرِ لأَنَّهُمَا يَدفَعَانِ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٧٥): غريب.
(٢) سبق تخريجه في النفقات.

عَن أَنفُسِهِمَا فَلا يَقدِرُ عَلَى أَخذِهِمَا، وَإِن نَدَّا فِي المِصرِ فَيَتَحَقَّقُ العَجزُ، وَالصَّيَّالُ كَالنَّدِّ إِذَا كَانَ لا يَقدِرُ عَلَى أَخذِهِ، حَتَّى لَو قَتَلَهُ المَصُولُ عَلَيهِ وَهُوَ يُرِيدُ الذَّكَاةَ حَلَّ أَكلُهُ. قَالَ (وَالمُستَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحرُ، فَإِن ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكرَهُ. وَالمُستَحَبُّ فِي البَقَرِ وَالغَنَمِ الذَّبحُ فَإِن نَحَرَهُمَا جَازَ وَيُكرَهُ) أَمَّا الاستِحبَابُ فَلِمُوَافَقَةِ السُّنَّةِ المُتَوَارَثَةِ وَلاجتِمَاعِ العُرُوقِ فِيهَا فِي المَنحَرِ وَفِيهِمَا فِي المَذبَحِ، وَالكَرَاهَةُ لِمُخَالَفَةِ السُّنَّةِ وَهِيَ لِمَعنًى فِي غَيرِهِ فَلا تَمنَعُ الجَوَازَ وَالحِلَّ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ مَالِكٌ إِنَّهُ لا يَحِلُّ.

الشرح:

قَالَ (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِالظُّفْرِ وَالقَرْنِ وَالسِّنِّ إلَخْ) **الذَّبْحُ بِالظُّفْرِ وَالقَرْنِ وَالسِّنِّ المَنْزُوعَة** جَائِزٌ مَكْرُوهٌ، وَأَكْلُ الذَّبِيحِ بِهَا لا بَأْسَ بِه. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ مَيْتَةٌ لِقَوْلِه ﷺ «**كُلُّ مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ مَا خَلا الظُّفْرَ وَالسِّنَّ فَإِنَّهُمَا مُدَى الحَبَشَة**» اسْتَثْنَاهُمَا بِالإِطْلاقِ عَمَّا يَجُوزُ أَكْلُهُ فَيَتَنَاوَلُ الحُرْمَةَ بِالمَنْزُوعِ وَالقَائِمِ، وَلأَنَّ الذَّكَاةَ فِعْلٌ مَشْرُوعٌ، وَإِنْهَارُ الدَّمِ بِهَا مُطْلَقًا غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلا يَكُونُ ذَكَاةً كَغَيْرِ المَنْزُوعِ، وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أَنْهِرْ الدَّمَ بِمَا شِئْت**» وَيُرْوَى «**أَفْرِ الأَوْدَاجَ بِمَا شِئْت**» وَهُوَ بِإِطْلاقِه يَقْتَضِي الجَوَازَ بِالمَنْزُوعِ وَغَيْرِه، إلا أَنَّا تَرَكْنَا غَيْرَ المَنْزُوعِ بِمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ فَإِنَّ فِيه دَلالَةً عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " فَإِنَّهَا مُدَى الحَبَشَة " فَإِنَّهُمْ لا يُقَلِّمُونَ الأَظْفَارَ وَيُحَدِّدُونَ الأَسْنَانَ وَيُقَاتِلُونَ بِالخَدْشِ وَالعَضِّ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِه وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ المَنْزُوعِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ آلَةٌ جَارِحَةٌ) جَوَابٌ عَنْ دَلِيلِه المَعْقُول. وَتَقْرِيرُهُ: إنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ إنْهَارَ الدَّمِ بِالظُّفْرِ وَالسِّنِّ المَنْزُوعَيْنِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، فَإِنَّهُ أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا آلَةٌ جَارِحَةٌ يَحْصُلُ بِهَا المَقْصُودُ وَهُوَ إخْرَاجُ الدَّمِ فَصَارَ كَاللِّيطَةِ وَالحَجَرِ وَالحَدِيدِ وَالسِّكِّينِ الكَلِيل، وَبَاقِي كَلامِه ظَاهِرٌ سِوَى أَلفَاظ نُفَسِّرُهَا: اللِّيطَةُ بِكَسْرِ اللامِ: قِشْرُ القَصَبِ، وَالمَرْوَةُ: الحَجَرُ الحَادُّ (وَقَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِه لأَنَّهُ يَقْتُلُ بِالثِّقَل فَيَكُونُ فِي مَعْنَى المُنْخَنِقَة، وَقَوْلُهُ ﷺ «**لَقَدْ أَرَدْت أَنْ تُمِيتَهَا مَوْتَات**» قِيلَ إنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إذَا عُلِمَ المَقْصُودُ بِالذَّبْحِ أَنَّ التَّحْدِيدَ لِذَبْحِه، وَلَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ المَذْبُوحَ لا عَقْلَ لَهُ، وَهُوَ مَعَ كَوْنِه سُوءَ أَدَبٍ سَاقِطٌ لأَنَّ الوَهْمَ فِي ذَلِكَ كَافٍ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهِ وَالعَقْلُ يَحْتَاجُ إلَيْه لِمَعْرِفَةِ الكُلِّيَّات وَمَا نَحْنُ فِيه لَيْسَ مِنْهَا.

وَالنُّخاعُ بِالفَتْحِ وَالكَسْرِ وَالضَّمِّ لُغَةٌ فيه، فَسَّرَهُ المُصَنِّفُ بِأَنَّهُ عِرقٌ أَبْيَضُ فِي عَظْمِ الرَّقَبَة، وَنَسَبَهُ صَاحِبُ النِّهَايَة إِلَى السَّهْوِ. وَقَالَ: وَهُوَ خَيْطٌ أَبْيَضُ فِي جَوْفِ عَظْمِ الرَّقَبَة مُمْتَدٌّ إِلَى الصُّلب، وَرُدَّ بِأَنَّ بَدَنَ الحَيَوَانِ مُرَكَّبٌ مِنْ عِظَامٍ وَأَعْصَابٍ وَعُرُوقٍ هِيَ شَرَايِينُ وَأَوْتَارٌ، وَمَا ثَمَّةَ شَيْءٌ يُسَمَّى بِالخَيْطِ أَصْلا. ثُمَّ ذَكَرَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الأَصْلَ الجَامِعَ فِي إِفَادَةِ مَعْنَى الكَرَاهَة وَهُوَ كُلُّ مَا فِيهِ زِيَادَةُ أَلَمٍ لا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الذَّكَاة. قَالَ (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنْ الصَّيْدِ) قَدْ مَرَّ أَنَّ الذَّبْحَ الاضْطِرَارِيَّ بَدَلٌ عَنْ الاخْتِيَارِيِّ فَلا مَصِيرَ إِلَى الأَوَّل قَبْلَ العَجْزِ عَنْ الثَّانِي، وَهَذَا مَخْرَجُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب (وَقَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِه لأَنَّ ذَكَاةَ الاضْطِرَارِ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ العَجْزِ (وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَحِلُّ الأَكْلُ بِذَكَاة الاضْطِرَارِ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي مَا تَوَحَّشَ وَمَا تَرَدَّى، لأَنَّ ذَلِكَ نَادِرٌ وَالنَّادِرُ لا حُكْمَ لَهُ. قُلنَا: لا نُسَلِّمُ النُّدْرَةَ، وَلَئِنْ كَانَتْ فَالمُعْتَبَرَةُ حَقِيقَةُ العَجْزِ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَقَوْلُهُ وَفِي الكِتَاب) يُرِيدُ بِهِ القُدُورِيَّ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَالنَّحْرُ: قَطْعُ العُرُوق عِنْدَ الصَّدْرِ، وَالذَّبْحُ: قَطْعُهَا تَحْتَ اللَّحْيَيْنِ، وَالمُسْتَحَبُّ فِي الإِبل الأَوَّلُ وَفِي غَيْرِه الثَّانِي، وَالعَكْسُ يَجُوزُ. وَيُكْرَهُ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (وَقَوْلُهُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ) أَيْ فِي غَيْرِ الذَّبْحِ وَهُوَ تَرْكُ السُّنَّة

قَالَ (وَمَن نَحَرَ نَاقَةً أَو ذَبَحَ بَقَرَةً فَوَجَدَ فِي بَطنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا لَم يُؤكَل أَشعَرَ أَو لَم يُشعِر) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالحَسَنِ بنِ زِيَادٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِذَا تَمَّ خَلقُهُ أُكِلَ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «ذَكَاةُ الجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ»[1] **وَلأَنَّهُ جُزءٌ مِن الأُمِّ حَقِيقَةً لأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا حَتَّى يُفصَلَ بِالمِقرَاضِ وَيَتَغَذَّى بِغِذَائِهَا وَيَتَنَفَّسُ بِتَنَفُّسِهَا، وَكَذَا حُكمًا حَتَّى يَدخُلَ فِي البَيعِ الوَارِدِ عَلَى الأُمِّ وَيُعتَقَ بِإِعتَاقِهَا. وَإِذَا كَانَ جُزءًا مِنهَا فَالجُرحُ فِي الأُمِّ ذَكَاةٌ لَهُ عِندَ العَجزِ عَن ذَكَاتِهِ كَمَا فِي الصَّيدِ. وَلَهُ أَنَّهُ أَصلٌ فِي الحَيَاةِ حَتَّى تُتَصَوَّرَ حَيَاتُهُ بَعدَ مَوتِهَا وَعِندَ ذَلِكَ يُفرَدُ بِالذَّكَاةِ، وَلِهَذَا يُفرَدُ بِإِيجَابِ الغُرَّةِ وَيُعتَقُ بِإِعتَاقٍ مُضَافٍ إِلَيهِ، وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لَهُ وَبِهِ، وَهُوَ حَيَوَانٌ دَمَوِيٌّ، وَمَا هُوَ المَقصُودُ مِن الذَّكَاةِ وَهُوَ المَيزُ بَينَ الدَّمِ**

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٢٨)، والبيهقي في الكبرى (٩/٥٦١، ٥٦٢)، وانظر نصب الراية (٤/٤٧٧).

وَاللَّحم لا يَتَحَصَّلُ بِجُرحِ الأمِّ، إذ هُوَ لَيس بِسَبَبٍ لِخُرُوجِ الدَّمِ عَنهُ فَلا يُجعلُ تَبعًا فِي حَقِّهِ، بِخِلافِ الجُرحِ فِي الصَّيدِ لأنَّهُ سَبَبٌ لِخُرُوجِهِ نَاقِصًا فَيُقَامُ مَقَامَ الكَامِلِ فِيهِ عِندَ التَّعَذُّرِ. وَإِنَّمَا يَدخُلُ فِي البَيعِ تَحَرِّيًا لِجَوَازِهِ كَي لا يَفسُدَ بِاستِثنَائِهِ، وَيُعتَقُ بِإِعتَاقِهَا كَي لا يَنفَصِلَ مِن الحُرَّةِ وَلَدٌ رَقِيقٍ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ أَشْعَرَ) مَعْنَاهُ نَبتَ شَعْرُهُ مِثْلُ أَعْشَبَ المَكَانُ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ خَلا أَنَّهُ لَمْ يُجبْ عَنْ الحَدِيث الَّذِي اسْتَدَلا به لأَنَّهُ يَصْلُحُ للاسْتدْلال لأَنَّهُ رُوِيَ «**ذَكَاةُ أُمِّه**» بالرَّفْع وَالنَّصْب، فَإِنْ كَانَ مَنْصُوبًا فَلا إشْكَالَ أَنَّهُ تَشْبيهٌ، وَإِنْ كَانَ مَرْفُوعًا فَكَذَلكَ لأَنَّهُ أَقْوَى في التَّشْبِيه منْ الأَوَّل، عُرِفَ ذَلكَ في علم البَيَان. قيلَ وَممَّا يَدُلُّ عَلَى ذَلكَ تَقْديمُ **ذَكَاة الجَنين** كَمَا في قَوْله: وَعَيْنَاك عَيْنَاهَا وَجيدُك جيدُهَا سوَى أَنَّ عَظْمَ السَّاق منْك دَقيقُ.

فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل

قَالَ (وَلا يَجُوزُ أَكلُ ذِي نَابٍ مِن السِّبَاعِ وَلا ذِي مِخلَبٍ مِن الطُّيُورِ) لأنَّ «النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن أَكل كُلِّ ذِي مِخلَبٍ مِن الطُّيُورِ وَكُلِّ ذِي نَابٍ مِن السِّبَاعِ»[1]. وَقَولُهُ مِن السِّبَاعِ ذُكِرَ عَقِيبَ النَّوعَينِ فَيَنصَرِفُ إِلَيهِمَا فَيَتَنَاوَلُ سِبَاعَ الطُّيُورِ وَالبَهَائِمِ لأَكلِ مَا لَهُ مِخلَبٌ أَو نَابٌ. وَالسَّبُعُ كُلُّ مُختَطِفٍ مُنتَهِبٍ جَارِحٍ قَاتِلٍ عَادٍ عَادَةً. وَمَعنَى التَّحرِيمِ وَاللَّهُ أَعلَمُ كَرَامَةُ بَنِي آدَمَ كَي لا يَعدُوَ شَيءٌ مِن هَذِهِ الأَوصَافِ الذَّمِيمَةِ إِلَيهِم بِالأَكلِ، وَيَدخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ وَالثَّعلَبُ، فَيَكُونُ الحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي إِبَاحَتِهِمَا، وَالفِيلُ ذُو نَابٍ فَيُكرَهُ، وَاليَربُوعُ وَابنُ عِرسٍ مِن السِّبَاعِ الهَوَامِّ

الشرح:

(**فَصلٌ فِيمَا يُؤكَلُ وَمَا لا يُؤكَلُ**): ذَكَرَ هَذَا الفَصْلَ عَقيبَ الذَّبَائح لأَنَّهُ المَقْصُودُ منْ الذَّبَائح وَالوَسيلَةُ إلَى الشَّيْء تُقَدَّمُ عَلَيْه في الذِّكْر وَكَلامُهُ وَاضحٌ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ أَوْصَافَ السَّبُع ليَبْنيَ عَلَى ذَلكَ قَوْلَهُ (كَيْ لا يَعْدُوَ شَيْءٌ منْ هَذه الأَوْصَاف الذَّميمَة إلَيْهِم) وَالفَرْقُ بَيْنَ الاخْتطَاف وَالانْتهَاب أَنَّ الاخْتطَافَ منْ فعْل الطُّيُور وَالانْتهَابَ منْ فعْل سبَاع البَهَائم، قَالَ في المَبْسُوط: فَالمُرَادُ بذي الخَطْفَة مَا يَخْطفُ بمخْلَبه منْ الهَوَاء

---

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح (١٦)، وانظر نصب الراية (٤/٤٨٠).

كَالبَازِي وَالعُقَاب، وَمِنْ ذي النُّهْيَة مَا يَنْتَهِبُ بنَابه منَ الأَرْضِ كَالأَسَد وَالذِّئب (قَوْلُهُ وَيَدْخُلُ فِي **الضَّبُعِ. وَالثَّعْلَبُ**) لأَنَّ لَهُمَا نَابًا يُقَاتلان به فَلا يُؤْكَلُ لَحْمُهُمَا كَالذِّئْبِ فَيَكُونُ الحَدِيثُ حُجَّةً عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِمَا فَإِنْ قِيلَ: يُعَارِضُهُ حَدِيثُ جَابِرٍ ﷺ «أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ الضَّبُعِ أَصَيْدٌ هُوَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ أَيُؤْكَلُ لَحْمُهُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ أَشَيْءٌ سَمِعْته مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَ: نَعَمْ» فَلا يَكُونُ حُجَّةً.

أُجِيبَ بِأَنَّ حَدِيثَنَا مَشْهُورٌ لا يُعَارِضُهُ حَدِيثُ جَابِرٍ إِنْ صَحَّ، وَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ كَانَ فِي الابْتِدَاءِ ثُمَّ نُسِخَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَابْنُ عِرْسٍ دُوَيْبَّةٌ، وَالرَّخَمُ جَمْعُ رَخَمَةٍ وَهُوَ طَائِرٌ أَبْلَقُ يُشْبِهُ النَّسْرَ فِي الخِلقَة، وَالبُغَاثُ مَا لا يَصِيدُ مِنْ صِغَارِ الطَّيْرِ وَضِعَافِه، وَأَمَّا الغُرَابُ الأَسْوَدُ وَالأَبْقَعُ فَهُوَ أَنْوَاعٌ ثَلاثَةٌ:

نَوْعٌ يَلتَقِطُ الحَبَّ وَلا يَأْكُلُ الجِيَفَ وَلَيْسَ بِمَكْرُوهٍ، وَنَوْعٌ مِنْهُ لا يَأْكُلُ إلا الجِيَفَ وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ المُصَنِّفُ الأَبْقَعُ الَّذِي يَأْكُلُ الجِيَفَ وَأَنَّهُ مَكْرُوهٌ، وَنَوْعٌ يَخْلِطُ بِأَكْلِ الحَبِّ مَرَّةً وَالجِيَفِ أُخْرَى وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ غَيْرُ مَكْرُوهٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَكْرُوهٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَكَرِهُوا **أَكْلَ الرَّخَمِ وَالبُغَاث** لأَنَّهُمَا يَأْكُلان الجِيَفَ قَالَ (وَلا بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ) لأَنَّهُ يَأْكُلُ الحَبَّ وَلا يَأْكُلُ الجِيَفَ وَلَيْسَ مِنْ سِبَاعِ الطَّيْرِ.

قَالَ (وَلا يُؤْكَلُ الأَبقَعُ الَّذِي يَأكُلُ الجِيَفَ، وَكَذَا الغُدَافُ).

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا الغُدَافُ) وَهُوَ **غُرَابُ القَيْظ لا يُؤْكَلُ**. وَأَصْلُ ذَلكَ أَنَّ مَا يَأْكُلُ الجِيَفَ فَلَحْمُهُ نَبَتَ مِنَ الحَرَامِ فَيَكُونُ خَبِيثًا عَادَةً، وَمَا يَأْكُلُ الحَبَّ لَمْ يُوجَدْ ذَلكَ فِيه، وَمَا خَلَطَ كَالدَّجَاجِ وَالعَقْعَقِ فَلا بَأْسَ بِأَكْلِه عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الأَصَحُّ، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَكَلَ الدَّجَاجَةَ وَهِيَ مِمَّا يَخْلطُ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: **لا بَأْسَ بِأَكْلِ العَقْعَقِ**) لأَنَّهُ يُخَلِّطُ فَأَشْبَهَ الدَّجَاجَةَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُكْرَهُ لأَنَّ غَالبَ أَكْلِه الجِيَفُ

قَالَ (وَيُكرَهُ أَكلُ الضَّبُعِ وَالضَّبِّ وَالسُّلَحفَاةِ وَالزُّنبُورِ وَالحَشرَاتِ كُلِّهَا) أَمَّا الضَّبُعُ فَلمَا ذَكَرنَا، وَأَمَّا الضَّبُّ فَلأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ

عَنهَا حِينَ سَأَلَتهُ عَن أَكلهِ [(١)]. وَهِيَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ، وَالزُّنبُورُ مِن المُؤذِيَاتِ. وَالسُّلَحفَاةُ مِن خَبَائِثِ الحَشَرَاتِ وَلِهَذَا لا يَجِبُ عَلَى المُحرِمِ بِقَتلِهِ شَيءٌ، وَإِنَّمَا تُكرَهُ الحَشَرَاتُ كُلُّهَا استِدلالا بِالضَّبِّ لأَنَّهُ مِنهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**أَمَّا الضَّبُعُ** فَلَمَّا ذَكَرْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ وَيَدْخُلُ فِيهِ الضَّبُعُ: يَعْنِي أَنَّهُ ذُو نَابٍ (وَقَوْلُهُ وَهِيَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ) يَعْنِي نَهْيَ النَّبِيِّ ﷺ، وَأَنَّثَهُ لِتَأْنِيثِ الخَبَرِ. فَإِنْ قِيلَ: يُعَارِضُهُ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ الضَّبِّ فَقَالَ: **لَمْ يَكُنْ مِنْ طَعَامِ قَوْمِي، فَأَجِدُ نَفْسِي تَعَافُهُ فَلا أُحِلُّهُ وَلا أُحَرِّمُهُ**» وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ «أُكِلَ الضَّبُّ عَلَى مَائِدَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَفِي الآكِلِينَ أَبُو بَكْرٍ ﷺ» أُجِيبَ بِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ الحَاظِرَ وَالمُبِيحَ إِذَا تَعَارَضَا يُرَجَّحُ الحَاظِرُ، عَلَى أَنَّ المُبِيحَ مُؤَوَّلٌ بِمَا قَبْلَ التَّحْرِيمِ.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ أَكلُ الحُمُرِ الأَهلِيَّةِ وَالبِغَالِ) لِمَا رَوَى خَالِدُ بنُ الوَلِيدِ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَن لُحُومِ الخَيلِ وَالبِغَالِ وَالحَمِيرِ» [(٢)] وَعَن عَلِيٍّ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَهدَرَ المُتعَةَ وَحَرَّمَ لُحُومَ الحُمُرِ الأَهلِيَّةِ يَومَ خَيبَرَ» [(٣)].

الشرح:

وَلا تُؤْكَلُ الحُمُرُ الأَهْلِيَّةُ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَذَهَبَ بِشْرٌ المَرِيسِيُّ إِلَى إِبَاحَتِهِ، وَنُقِلَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَشَبُّثًا بِمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا سُئِلَتْ عَنْ ذَلِكَ فَتَلَتْ قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآيَةُ، وَبِحَدِيثِ غَالِبِ بْنِ أَبْجَرَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ «لَمْ يَبْقَ مِنْ مَالِي إلا حُمَيْرَاتٌ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **كُل مِنْ سَمِينِ مَالِكَ**» وَاسْتِدْلالا بِحِلِّ أَكْلِ الوَحْشِيِّ وَهُوَ ضَعِيفٌ. أَمَّا الآيَةُ فَلِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ حُرْمَةِ لَحْمِ الحُمُرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ حُرْمَةُ الأَشْيَاءِ المُحَرَّمَةِ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٨٣): غريب.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٠٦)، والنسائي (٤٣٣١)، وابن ماجه (٣١٩٨)، وانظر نصب الراية (٤/٤٨٤).

(٣) أخرجه البخاري (٤٢١٦، ٥١١٥)، ومسلم في النكاح (٣٠).

الخَارِجَة عَنْ مَدْلُولِهَا.

وَأَمَّا الحَدِيثُ فَلأَنَّهُ مُؤَوَّلٌ بِأَكْلِ ثَمَنِهَا. وَأَمَّا الاسْتِدْلال فَلأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لا يَكُونَ الفَرْعُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ وَالنَّصُّ النَّاهِي عَنْ لُحُومِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ قَائِمٌ فَبَطَلَ القِيَاسُ

قَالَ (وَيُكرَهُ لَحمُ الفَرَسِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَولُ مَالِكٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لا بَأسَ بِأَكلِهِ لحَدِيثِ جَابِرٍ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن لُحُومِ الحُمُرِ الأَهلِيَّةِ، وَأَذِنَ فِي لُحُومِ الخَيلِ يَومَ خَيبَرَ»[1] وَلأَبِي حَنِيفَةَ قَوله تَعَالَى: ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ خَرَجَ مَخرَجَ الامتِنَانِ وَالأَكلُ مِن أَعلَى مَنَافِعِهَا، وَالحَكَمُ لا يَترُكُ الامتِنَانَ بِأَعلَى النِّعَمِ وَيَمتَنُّ بِأَدنَاهَا، وَلأَنَّهُ آلَةُ إرهَابِ العَدُوِّ فَيُكرَهُ أَكلُهُ احتِرَامًا لَهُ وَلِهَذَا يُضرَبُ لَهُ بِسَهمٍ فِي الغَنِيمَةِ، وَلأَنَّ فِي إبَاحَتِهِ تَقلِيلَ آلَةِ الجِهَادِ، وَحَدِيثُ.

جَابِرٍ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ خَالِدٍ ﷺ، وَالتَّرجِيحُ لِلمُحَرِّمِ. ثُمَّ قِيلَ: الكَرَاهَةُ عِندَهُ كَرَاهَةُ تَحرِيمٍ. وَقِيلَ كَرَاهَةُ تَنزِيهٍ. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ. وَأَمَّا لَبَنُهُ فَقَد قِيلَ: لا بَأسَ بِهِ لأَنَّهُ لَيسَ فِي شُربِهِ تَقلِيلُ آلَةِ الجِهَادِ.

الشرح:

قَالَ (**وَيُكْرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إلَخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَدْ اُعْتُرِضَ عَلَى قَوْلِهِ وَالحَكِيمُ لا يَتْرُكُ الامْتِنَانَ بِأَعْلَى النِّعَمِ وَيَمْتَنُّ بِأَدْنَاهَا بِأَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَ الحَمْلِ عَلَيْهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَحِلَّ الحَمْلُ عَلَيْهِ وَهُوَ فَاسِدٌ، فَإِنَّ الكَلامَ فِي أَنَّ تَرْكَ أَعْلَى النِّعَمِ وَالذَّهَابَ إلَى مَا دُونَهُ دَلِيلُ حُرْمَةِ الأَعْلَى وَالحَمْلُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) يَعْنِي كَوْنَ الكَرَاهَةِ لِلتَّحْرِيمِ (أَصَحُّ) لأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ سَأَلَ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذَا قُلْت فِي شَيْءٍ أَكْرَهُهُ فَمَا رَأْيُك فِيهِ؟ قَالَ التَّحْرِيمُ وَمَبْنَى اخْتِلافِ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى اخْتِلافِ اللَّفْظِ المَرْوِيِّ عَنْهُ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ: رَخَّصَ بَعْضُ العُلَمَاءِ فِي لَحْمِ الخَيْلِ، فَأَمَّا أَنَا فَلا يُعْجِبُنِي أَكْلُهُ، وَهَذَا يُلَوِّحُ إلَى التَّنْزِيهِ. وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ أَكْرَهُهُ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ عَلَى مَا رَوَيْنَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم في الصيد والذبائح (٣٦).

قَالَ (وَلا بَأسَ بِأكل الأرنَبِ) لأنَّ «النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَكَلَ مِنهُ حِينَ أُهدِيَ إلَيهِ مَشوِيًّا وَأَمَرَ أَصحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم بِالأكل مِنهُ»، وَلأنَّهُ لَيسَ مِن السِّبَاعِ وَلا مِن أَكَلَةِ الجِيَفِ فَأَشبَهَ الظَّبيَ

قَالَ (وَإِذَا ذُبِحَ مَا لا يُؤكَلُ لَحمُهُ طَهُرَ جِلدُهُ وَلَحمُهُ إلا الآدَمِيَّ وَالخِنزِيرَ) فَإِنَّ الذَّكَاةَ لا تَعمَلُ فِيهِمَا، أَمَّا الآدَمِيُّ فَلِحُرمَتِهِ وَكَرَامَتِهِ وَالخِنزِيرُ لِنَجَاسَتِهِ كَمَا فِي الدِّبَاغِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الذَّكَاةُ لا تُؤَثِّرُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ لأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِي إبَاحَةِ اللَّحمِ أَصلا. وَفِي طَهَارَتِهِ وَطَهَارَةِ الجِلدِ تَبَعًا وَلا تَبَعَ بِدُونِ الأَصل وَصَارَ كَذَبحِ المَجُوسِيِّ. وَلَنَا أَنَّ الذَّكَاةَ مُؤَثِّرَةٌ فِي إزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ وَالدِّمَاءِ السَّيَّالَةِ وَهِيَ النَّجِسَةُ دُونَ ذَاتِ الجِلدِ وَاللَّحمِ، فَإِذَا زَالَت طَهُرَ كَمَا فِي الدِّبَاغِ. وَهَذَا الحُكمُ مَقصُودٌ فِي الجِلدِ كَالتَّنَاوُل فِي اللَّحمِ وَفِعلُ المَجُوسِيِّ إمَاتَةٌ فِي الشَّرعِ فَلا بُدَّ مِن الدِّبَاغِ، وَكَمَا يَطهُرُ لَحمُهُ يَطهُرُ شَحمُهُ، حَتَّى لَو وَقَعَ فِي المَاءِ القَلِيل لا يُفسِدُهُ خِلافًا لَهُ. وَهَل يَجُوزُ الانتِفَاعُ بِهِ فِي غَيرِ الأكل؟ قِيلَ: لا يَجُوزُ اعتِبَارًا بِالأكل. وَقِيلَ يَجُوزُ كَالزَّيتِ إذَا خَالَطَهُ وَدَكُ المَيتَةِ وَالزَّيتُ غَالبٌ لا يُؤكَلُ وَيُنتَفَعُ بِهِ فِي غَيرِ الأكل.

قَالَ (وَلا يُؤكَلُ مِن حَيَوَانِ المَاءِ إلا السَّمَكَ) وَقَالَ مَالكٌ وَجَمَاعَةٌ مِن أَهل العِلمِ بِإِطلاقِ جَمِيعِ مَا فِي البَحرِ. وَاستَثنَى بَعضُهُم الخِنزِيرَ وَالكَلبَ وَالإِنسَانَ. وَعَن الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَطلَقَ ذَلكَ كُلَّهُ، وَالخِلافُ فِي الأكل وَالبَيعِ وَاحِدٌ لَهُم قَوله تَعَالَى ﴿ أُحِلَّ لَكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَحۡرِ ﴾ [المائدة: ٩٦] مِن غَيرِ فَصلٍ، وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي البَحرِ «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ وَالحِلُّ مَيتَتُهُ»[١] وَلأَنَّهُ لا دَمَ فِي هَذِهِ الأشيَاءِ إذ الدَّمَوِيُّ لا يَسكُنُ المَاءَ وَالمُحَرَّمُ هُوَ الدَّمُ فَأَشبَهَ السَّمَكَ. قُلنَا: قَوله تَعَالَى ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَـٰٓئِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَمَا سِوَى السَّمَكِ خَبِيثٌ «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَن دَوَاءٍ يُتَّخَذُ فِيهِ الضُّفدَعُ»[٢]، وَنَهَى عَن بَيعِ السَّرَطَانِ وَالصَّيدُ المَذكُورُ فِيمَا تَلا مَحمُولٌ عَلَى الاصطِيَادِ

---

(١) سبق تخريجه في الطهارة.

(٢) أخرجه أبو داود في الطب باب ١١، والأدب باب ١٦٥، والنسائي (٤٠٦٢)، وأحمد (٤٣٥/٣)، وانظر نصب الراية (٤٩٠/٤).

وَهُوَ مُبَاحٌ فِيمَا لا يَحِلُّ، وَالْمَيتَةُ الْمَذكُورَةُ فِيمَا رَوَى مَحمُولَةٌ عَلَى السَّمَكِ وَهُوَ حَلالٌ مُستَثنَى مِن ذَلكَ لقَولهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أُحِلَّت لَنَا مَيتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَّا الْمَيتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالكَبِدُ وَالطِّحَالُ»[1] قَالَ (وَيُكرَهُ أَكلُ الطَّافِي مِنهُ) وَقَالَ مَالكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لا بَأسَ بِهِ لإطلاقِ مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ مَيتَةَ البَحرِ مَوصُوفَةٌ بِالحِلِّ بِالحَدِيثِ. وَلَنَا مَا رَوَى جَابِرٌ ﷺ عَن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَنَّهُ قَالَ «مَا نَضَبَ عَنهُ الْمَاءُ فَكُلُوا، وَمَا لَفَظَهُ الْمَاءُ فَكُلُوا، وَمَا طَفَا فَلا تَأكُلُوا»[2] وَعَن جَمَاعَةٍ مِن الصَّحَابَةِ مِثلُ مَذهَبِنَا، وَمَيتَةُ البَحرِ مَا لَفَظَهُ البَحرُ لِيَكُونَ مَوتُهُ مُضَافًا إِلَى البَحرِ لا مَا مَاتَ فِيهِ مِن غَيرِ آفَةٍ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ إلا السَّمَكُ) وَاضِحٌ وَالطَّافِي اسْمُ فَاعِلٍ مِنْ طَفَا الشَّيْءُ فَوْقَ الْمَاءِ يَطْفُو إذَا عَلا، وَالْمُرَادُ مِنْ السَّمَكِ الطَّافِي الَّذِي يَمُوتُ فِي الْمَاءِ حَتْفَ أَنْفِه مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ فَيَعْلُو، وَالجِرِّيثُ نَوْعٌ مِنْ السَّمَكِ وَالْمَارْمَاهِي كَذَلِكَ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِأَكلِ الجِرِّيثِ وَالْمَارمَاهِيِّ وَأَنوَاعِ السَّمَكِ وَالجَرَادِ بِلا ذَكَاةٍ) وَقَالَ مَالكٌ: لا يَحِلُّ الجَرَادُ إلا أَن يَقطَعَ الآخِذُ رَأسَهُ أَو يَشوِيَهُ لأَنَّهُ صَيدُ البَرِّ، وَلهَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُحرِمِ بِقَتلهِ جَزَاءٌ يَلِيقُ بِهِ فَلا يَحِلُّ إلا بِالقَتل كَمَا فِي سَائِرِهِ. وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا رَوَينَا. وَسُئِلَ عَلِيٌّ ﷺ عَن الجَرَادِ يَأخُذُهُ الرَّجُلُ مِن الأَرضِ وَفِيهَا الْمَيِّتُ وَغَيرُهُ فَقَالَ: كُلهُ كُلَّهُ. وَهَذَا عُدَّ مِن فَصَاحَتِهِ، وَدَلَّ عَلَى إبَاحَتِهِ وَإِن مَاتَ حَتفَ أَنفِهِ، بِخِلافِ السَّمَكِ إذَا مَاتَ مِن غَيرِ آفَةٍ لأَنَّا خَصَّصنَاهُ بِالنَّصِّ الوَارِدِ فِي الطَّافِي، ثُمَّ الأَصلُ فِي السَّمَكِ عِندَنَا أَنَّهُ إذَا مَاتَ بِآفَةٍ يَحِلُّ كَالْمَأخُوذِ، وَإِذَا مَاتَ حَتفَ أَنفِهِ مِن غَيرِ آفَةٍ لا يَحِلُّ كَالطَّافِي، وَتَنسَحِبُ عَلَيهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي كِفَايَةِ الْمُنتَهَى. وَعِندَ التَّأَمُّلِ يَقِفُ الْمُبَرِّزُ عَلَيهَا: مِنهَا إذَا قَطَعَ بَعضَهَا فَمَاتَ يَحِلُّ أَكلُ مَا أُبِينَ وَمَا بَقِيَ. لأَنَّ مَوتَهُ بِآفَةٍ وَمَا أُبِينَ مِن الحَيِّ وَإِن كَانَ مَيِّتًا فَمَيتَتُهُ حَلالٌ. وَفِي الْمَوتِ بِالحَرِّ وَالبَردِ رِوَايَتَانِ. وَاللَّهُ أَعلَمُ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٢١٨)، وأحمد (٢/٩٧)، وانظر نصب الراية (٤/٤٩١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧)، وانظر نصب الراية (٤/٤٩٢).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ**» إلَخْ وَقَوْلُهُ (وَتَنْسَحِبُ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ بَيَّنَّاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى) مِنْهَا أَنَّهُ لَوْ **وَجَدَ فِي بَطْنِ السَّمَكَةِ سَمَكَةً أُخْرَى** فَإِنَّهَا تُؤْكَلُ لأَنَّ ضِيقَ المَكَانِ سَبَبٌ لِمَوْتِهَا، وَكَذَلِكَ إنْ قَتَلَهَا طَيْرُ المَاءِ وَغَيْرُهُ، وَكَذَلِكَ إنْ مَاتَتْ فِي جُبِّ مَاءٍ لأَنَّ ضِيقَ المَكَانِ سَبَبٌ لِمَوْتِهَا، وَكَذَلِكَ إنْ جَمَعَهَا فِي حَظِيرَةٍ لا تَسْتَطِيعُ الخُرُوجَ مِنْهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهَا بِغَيْرِ صَيْدٍ فَمُتْنَ فِيهَا كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ لا تُؤْخَذُ بِغَيْرِ صَيْدٍ فَلا خَيْرَ فِي أَكْلِهَا لأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ لِمَوْتِهَا سَبَبٌ، وَإِذَا مَاتَتْ السَّمَكَةُ فِي الشَّبَكَةِ وَهِيَ لا تَقْدِرُ عَلَى التَّخَلُّصِ مِنْهَا أَوْ أَكَلَ شَيْئًا أَلقَاهُ فِي المَاءِ لِتَأْكُلَ مِنْهُ فَمَاتَتْ مِنْهُ وَذَلِكَ مَعْلُومٌ فَلا بَأْسَ بِأَكْلِهَا، وَهُوَ فِي مَعْنَى مَا انْحَسَرَ عَنْهُ المَاءُ وَقَالَ ﷺ «**مَا انْحَسَرَ عَنْهُ المَاءُ فَكُلْ**»، وَقَوْلُهُ (وَفِي المَوْتِ بِالحَرِّ وَالبَرْدِ رِوَايَتَانِ) إحْدَاهُمَا أَنَّهَا تُؤْكَلُ لأَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبٍ حَادِثٍ فَكَانَ كَمَا لَوْ أَلقَاهُ المَاءُ عَلَى اليَبَسِ، وَالأُخْرَى أَنَّهَا لا تُؤْكَلُ لأَنَّ الحَرَّ وَالبَرْدَ صِفَتَانِ مِنْ صِفَاتِ الزَّمَانِ وَلَيْسَتَا مِنْ أَسْبَابِ المَوْتِ فِي الغَالِبِ، وَأَطْلَقَ القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الرِّوَايَتَيْنِ وَلَمْ يَنْسِبْهُمَا لأَحَدٍ. وَذَكَرَ شَيْخُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَحِلُّ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحِلُّ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كتاب الأضحية

قَالَ (الأُضحِيَّةُ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسلمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ فِي يَومِ الأَضحَى عَن نَفسِهِ وَعَن وَلَدِهِ الصِّغَارِ) أَمَّا الوُجُوبُ فَقَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَالحَسَنِ وَإِحدَى الرِّوَايَتَينِ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَعَنهُ أَنَّهَا سُنَّةٌ، ذَكَرَهُ فِي الجَوَامِعِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ عَلَى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَاجِبَةٌ، وَعَلَى قَولِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَهَكَذَا ذَكَرَ بَعضُ المَشَايِخِ الاختِلَافَ. وَجهُ السُّنَّةِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَن أَرَادَ أَن يُضَحِّيَ مِنكُم فَلَا يَأخُذ مِن شَعرِهِ وَأَظفَارِهِ شَيئًا»[1] وَالتَّعلِيقُ بِالإِرَادَةِ يُنَافِي الوُجُوبَ، وَلِأَنَّهَا لَو كَانَت وَاجِبَةً عَلَى المُقِيمِ لَوَجَبَت عَلَى المُسَافِرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَختَلِفَانِ فِي الوَظَائِفِ المَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَصَارَ كَالعَتِيرَةِ. وَوَجهُ الوُجُوبِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَن وَجَدَ سَعَةً وَلَم يُضَحِّ فَلَا يَقرَبَنَّ مُصَلَّانَا»[2] وَمِثلُ هَذَا الوَعِيدِ لَا يَلحَقُ بِتَركِ غَيرِ الوَاجِبِ، وَلِأَنَّهَا قُربَةٌ يُضَافُ إِلَيهَا وَقتُهَا. يُقَالُ يَومُ الأَضحَى، وَذَلِكَ يُؤذِنُ بِالوُجُوبِ لِأَنَّ الإِضَافَةَ لِلاختِصَاصِ وَهُوَ بِالوُجُودِ، وَالوُجُوبُ هُوَ المُفضِي إِلَى الوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنسِ، غَيرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَختَصُّ بِأَسبَابٍ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ استِحضَارُهَا وَيَفُوتُ بِمُضِيِّ الوَقتِ فَلَا تَجِبُ عَلَيهِ بِمَنزِلَةِ الجُمُعَةِ، وَالمُرَادُ بِالإِرَادَةِ فِيمَا رُوِيَ وَاللَّهُ أَعلَمُ مَا هُوَ ضِدُّ السَّهوِ لَا التَّخيِيرُ. وَالعَتِيرَةُ مَنسُوخَةٌ، وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَى مَا قِيلَ، وَإِنَّمَا اختَصَّ الوُجُوبُ بِالحُرِّيَّةِ لِأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ لَا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالمِلكِ، وَالمَالِكُ هُوَ الحُرُّ؛ وَبِالإِسلَامِ لِكَونِهَا قُربَةً، وَبِالإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَاليَسَارِ لِمَا رَوَينَا مِن اشتِرَاطِ السَّعَةِ؛ وَمِقدَارُهُ مَا يَجِبُ بِهِ صَدَقَةُ الفِطرِ وَقَد مَرَّ فِي الصَّومِ، وَبِالوَقتِ وَهُوَ يَومُ الأَضحَى لِأَنَّهَا مُختَصَّةٌ بِهِ، وَسَنُبَيِّنُ مِقدَارَهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَتَجِبُ عَن نَفسِهِ لِأَنَّهُ أَصلٌ فِي الوُجُوبِ عَلَيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَن وَلَدِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ فِي مَعنَى نَفسِهِ فَيَلحَقُ بِهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطرِ. وَهَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَرُوِيَ عَنهُ أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَن

---

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (٤١)، وأبو داود في الأضاحي باب ٢، والترمذي في الأضاحي باب ٢٢، والنسائي في الضحايا باب ١، وابن ماجه في الأضاحي باب ١١، وانظر نصب الراية (٤/٤٩٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/٢١)، وانظر نصب الراية (٤/٤٩٧).

وَلَدِهِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الفِطرِ لأَنَّ السَّبَبَ هُنَاكَ رَأسٌ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيهِ وَهُمَا مَوجُودَانِ فِي الصَّغِيرِ وَهَذِهِ قُربَةٌ مَحضَةٌ. وَالأَصلُ فِي القُرَبِ أَن لا تَجِبَ عَلَى الغَيرِ بِسَبَبِ الغَيرِ وَلِهَذَا لا تَجِبُ عَن عَبدِهِ وَإِن كَانَ يَجِبُ عَنهُ صَدَقَةُ فِطرِهِ، وَإِن كَانَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ يُضَحِّي عَنهُ أَبُوهُ أَو وَصِيُّهُ مِن مَالِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُضَحِّي مِن مَالِ نَفسِهِ لا مِن مَالِ الصَّغِيرِ، فَالخِلَافُ فِي هَذَا كَالخِلَافِ فِي صَدَقَةِ الفِطرِ. وَقِيلَ لا تَجُوزُ التَّضحِيَةُ مِن مَالِ الصَّغِيرِ، فِي قَولِهِم جَمِيعًا، لأَنَّ هَذِهِ القُربَةَ تَتَأَدَّى بِالإِرَاقَةِ وَالصَّدَقَةُ بَعدَهَا تَطَوُّعٌ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ مِن مَالِ الصَّغِيرِ، وَلا يُمكِنُهُ أَن يَأكُلَ كُلَّهُ. وَالأَصَحُّ أَن يُضَحِّيَ مِن مَالِهِ وَيَأكُلَ مِنهُ مَا أَمكَنَهُ وَيَبتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنتَفِعُ بِعَينِهِ.

الشرح:

(كِتَابُ الأُضْحِيَّة) أَوْرَدَ الأُضْحِيَّةَ عَقِيبَ الذَّبَائِحِ لأَنَّ التَّضْحِيَةَ ذَبْحٌ خَاصٌّ وَالخَاصُّ بَعْدَ العَامِّ، وَالأُضْحِيَّةُ فِي اللُّغَة: اسْمُ مَا يُذْبَحُ فِي يَوْمِ الأَضْحِيَّة وَهِيَ أُفْعُولَةٌ وَكَانَ أَصْلُهُ أُضْحُويَةٌ اجْتَمَعَتْ الوَاوُ وَاليَاءُ وَسَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا بِالسُّكُون فَقُلِبَتْ الوَاوُ يَاءً وَأُدْغِمَتْ اليَاءُ فِي اليَاء وَكُسِرَتْ الحَاءُ لِتُنَاسِبَ اليَاءَ، وَيُجْمَعُ عَلَى أَضَاحِيٍّ بِتَشْدِيد اليَاء قَالَ الأَصْمَعِيُّ: وَفِيهَا أَرْبَعُ لُغَات: أُضْحِيَّةٌ بِضَمِّ الهَمْزَة وَبِكَسْرِهَا وَضَحِيَّةٌ بِفَتْحِ الضَّاد عَلَى وَزْنِ فَعِيلَة كَهَدِيَّة وَهَدَايَا وَأَضْحَاةٌ وَجَمْعُهُ أَضْحَى كَأَرْطَاةَ وَأَرْطَى وَقَالَ الفَرَّاءُ الأَضْحَى يُذَكَّرُ وَيُؤَنَّثُ. وَفِي الشَّرِيعَة: عِبَارَةٌ عَنْ ذَبْحِ حَيَوَانٍ مَخْصُوصٍ فِي وَقْت مَخْصُوصٍ وَهُوَ يَوْمُ الأَضْحَى. وَشَرَائِطُهَا سَتُذْكَرُ فِي أَثْنَاء الكَلَامِ. وَسَبَبُهَا الوَقْتُ وَهُوَ أَيَّامُ النَّحْرِ، لأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُعْرَفُ بِنِسْبَة الحُكْمِ إِلَيْه وَتَعَلُّقه بِه، إِذْ الأَصْلُ فِي إِضَافَة الشَّيْءِ إِلَى الشَّيْءِ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا، وَكَذَا إِذَا لازَمَهُ فَتَكَرَّرَ بِتَكَرُّرِه كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول.

ثُمَّ إِنَّ الأُضْحِيَّةَ تَكَرَّرَتْ بِتَكَرُّرِ الوَقْت وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَقَدْ أُضِيفَ السَّبَبُ إِلَى حُكْمِه. يُقَالُ يَوْمُ الأَضْحَى فَكَانَ كَقَوْلِهِمْ يَوْمُ الجُمُعَة وَيَوْمُ العِيد، وَلا نِزَاعَ فِي سَبَبِيَّة ذَلِكَ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى سَبَبِيَّة الوَقْت امْتِنَاعُ التَّقْدِيمِ عَلَيْه كَامْتِنَاعِ تَقْدِيمِ الصَّلَاة عَلَى وَقْتِهَا، لا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الوَقْتُ سَبَبًا لَوَجَبَ عَلَى الفَقِيرِ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ، لأَنَّ الغَنِى

شَرْطُ الوُجُوبِ وَالفَرْضَ عَدَمُهُ، وَهِيَ وَاجِبَةٌ بِالقُدْرَةِ المُمْكِنَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ **المُوسِرَ إِذَا اشْتَرَى شَاةً لِلأُضْحِيَّةِ فِي أَوَّلِ يَوْمِ النَّحْرِ وَلَمْ يُضَحِّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ** ثُمَّ أَفَاتَهُ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِعَيْنِهَا أَوْ بِقِيمَتِهَا وَلا تَسْقُطُ عَنْهُ الأُضْحِيَّةُ، فَلَوْ كَانَتْ بِالقُدْرَةِ المُيَسَّرَةِ لَكَانَ دَوَامُهَا شَرْطًا كَمَا فِي الزَّكَاةِ وَالعُشْرِ وَالخَرَاجِ حَيْثُ تَسْقُطُ بِهَلاكِ النِّصَابِ وَالخَارِجِ وَاصْطِلامُ الزَّرْعِ آفَةٌ. لا يُقَالُ: أَدْنَى مَا يَتَمَكَّنُ بِهِ المَرْءُ مِنْ إِقَامَتِهَا تَمْلِكُ قِيمَةَ مَا يَصْلُحُ لِلأُضْحِيَّةِ وَلَمْ تَجِبْ إِلا بِمِلْكِ النِّصَابِ فَدَلَّ أَنَّ وُجُوبَهَا بِالقُدْرَةِ المُيَسَّرَةِ، لأَنَّ اشْتِرَاطَ النِّصَابِ لا يُنَافِي وُجُوبَهَا بِالمُمْكِنَةِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ، وَهَذَا لأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ نَظَرًا إِلَى شَرْطِهَا وَهُوَ الحُرِّيَّةُ فَيُشْتَرَطُ فِيهَا الغِنَى كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ لا يُقَالُ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَوَجَبَ التَّمْلِيكُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، لأَنَّ القُرَبَ المَالِيَّةَ قَدْ تَحْصُلُ بِالإِتْلافِ كَالإِعْتَاقِ، وَالمُضَحِّي إِنْ تَصَدَّقَ بِاللَّحْمِ فَقَدْ حَصَلَ النَّوْعَانِ: أَعْنِي التَّمْلِيكَ وَالإِتْلافَ بِإِرَاقَةِ الدَّمِ، وَإِنْ لَمْ يَتَصَدَّقْ حَصَلَ الأَخِيرُ. وَأَمَّا حُكْمُهَا فَالخُرُوجُ عَنْ عُهْدَةِ الوَاجِبِ فِي الدُّنْيَا وَالوُصُولُ إِلَى الثَّوَابِ بِفَضْلِ اللَّهِ تَعَالَى فِي العُقْبَى قَالَ (**الأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ** إِلَخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ، وَالجَوَامِعُ اسْمُ كِتَابٍ فِي الفِقْهِ صَنَّفَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي الوَظَائِفِ المَالِيَّةِ احْتِرَازًا عَنْ البَدَنِيَّةِ كَالصَّلاةِ وَالصَّوْمِ فَإِنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ فِيهَا لأَنَّ المُسَافِرَ يَلْحَقُهُ المَشَقَّةُ فِي أَدَائِهَا. وَالعَتِيرَةُ ذَبِيحَةٌ كَانَتْ تُذْبَحُ فِي رَجَبٍ يَتَقَرَّبُ بِهَا أَهْلُ الجَاهِلِيَّةِ وَالمُسْلِمُونَ فِي الإِسْلامِ ثُمَّ نُسِخَ. قَوْلُهُ وَمِثْلُ هَذَا الوَعِيدِ لا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الوَاجِبِ) أُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ ﷺ «**مَنْ تَرَكَ سُنَّتِي لَمْ تَنَلْهُ شَفَاعَتِي**».

أُجِيبَ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّرْكِ اعْتِقَادًا أَوْ التَّرْكِ أَصْلا، فَإِنَّ تَرْكَ السُّنَّةِ أَصْلا حَرَامٌ قَدْ تَجِبُ المُقَاتَلَةُ بِهِ، لأَنَّ فِيهِ تَرْكَ الأَذَانِ وَلا مُقَاتَلَةَ فِي غَيْرِ الحَرَامِ، وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الإِضَافَةَ لِلاخْتِصَاصِ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيْ الاخْتِصَاصُ (بِالوُجُودِ) لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوجَدْ فِيهِ لا يَكُونُ مُتَعَلِّقًا بِهِ فَضْلا عَنْ الاخْتِصَاصِ (وَالوُجُوبُ هُوَ المُفْضِي إِلَى الوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنْسِ) لِجَوَازِ أَنْ يَجْتَمِعَ النَّاسُ عَلَى تَرْكِ مَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلا يَجْتَمِعُونَ عَلَى تَرْكِ الوَاجِبِ، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ السُّنَّةَ أَيْضًا تُفْضِي إِلَى الوُجُودِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنْسِ لأَنَّ النَّاسَ لا يَجْتَمِعُونَ عَلَى تَرْكِ السُّنَّةِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الوُجُوبَ يُفْضِي إِلَيْهِ لاسْتِحْقَاقِ العِقَابِ بِتَرْكِهِ، وَقَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ اخْتَصَّ بِأَسْبَابٍ: أَيْ بِشَرَائِطَ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ

اسْتِحْضَارُهَا وَهِيَ تَحْصِيلُ الشَّاةِ وَالاشْتِغَالُ بِذَبْحِهَا فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ وَقَدْ تَعَيَّنَ لَهُ السَّفَرُ قَبْلَ ذَلِكَ وَفِي ذَلِكَ مَشَقَّةٌ وَالسَّفَرُ مُؤَثِّرٌ فِي التَّخْفِيفِ؛ أَلا تَرَى إِلَى جَوَازِ التَّيَمُّمِ عِنْدَ زِيَادَةِ ثَمَنِ المَاءِ الَّتِي لا تَبْلُغُ قِيمَةَ الأُضْحِيَّةِ وَلا عُشْرَهَا فَأَوْلَى أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ وُجُوبُ الأُضْحِيَّةِ وَهُوَ أَقْوَى حَرَجًا مِنْ زِيَادَةِ ثَمَنِ المَاءِ.

وَقَوْلُهُ (وَالمُرَادُ بِالإِرَادَةِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَدَلُّوا بِهِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْكُمْ " فَكَانَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مَنْ أَرَادَ مِنْ قَصْدِ التَّضْحِيَةِ الَّتِي هِيَ وَاجِبَةٌ، كَقَوْلِ مَنْ يَقُولُ مَنْ أَرَادَ الصَّلاةَ فَلْيَتَوَضَّأْ. قَوْلُهُ (وَالعَتِيرَةُ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدُوا بِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قِيلَ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ فِي تَفْسِيرِهَا اخْتِلافًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يُوَافِقُ تَفْسِيرَ المُصَنِّفِ وَذَكَرَ فِي الإِيضَاحِ أَنَّهَا عِبَارَةٌ عَمَّا إِذَا وَلَدَتْ النَّاقَةُ أَوْ الشَّاةُ وَذَبَحَ أَوَّلَ وَلَدِهَا فَأَكَلَ وَأَطْعَمَ، وَهِيَ مَنْسُوخَةٌ بِالأُضْحِيَّةِ. وَعُورِضَ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**كُتِبَتْ عَلَيَّ الأُضْحِيَّةُ وَلَمْ تُكْتَبْ عَلَيْكُمْ**» وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**ضَحُّوا فَإِنَّهَا سُنَّةُ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ**» وَبِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانَا لا يُضَحِّيَانِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ مَخَافَةَ أَنْ يَرَاهَا النَّاسُ وَاجِبَةً. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ المَكْتُوبَةَ الفَرْضُ وَنَحْنُ نَقُولُ بِأَنَّهَا غَيْرُ فَرْضٍ وَإِنَّمَا هِيَ وَاجِبَةٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ مُشْتَرَكُ الإِلْزَامِ، فَإِنَّ قَوْلَهُ " ضَحُّوا " أَمْرٌ وَهُوَ لِلوُجُوبِ، وَقَوْلُهُ " فَإِنَّهَا سُنَّةُ أَبِيكُمْ " أَيْ طَرِيقَتُهُ، فَالسُّنَّةُ هِيَ الطَّرِيقَةُ المَسْلُوكَةُ فِي الدِّينِ. وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّهُمَا كَانَ لا يُضَحِّيَانِ فِي حَالَةِ الإِعْسَارِ مَخَافَةَ أَنْ يَرَاهَا النَّاسُ وَاجِبَةً عَلَى المُعْسِرِينَ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الوُجُوبُ بِالحُرِّيَّةِ) بَيَانٌ لِلشُّرُوطِ المَذْكُورَةِ فِي أَوَّلِ البَابِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا. قَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ «**مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ**» الحَدِيثُ. وَقَوْلُهُ (سَنُبَيِّنُ مِقْدَارَهُ) أَيْ مِقْدَارَ الوَقْتِ. وَقَوْلُهُ (لا تَجِبُ عَنْ وَلَدِهِ) يَعْنِي سَوَاءً كَانَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالُهُ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَعَلَيْهِ الفَتْوَى. وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تَجِبُ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَصَحُّ أَنْ يُضَحِّيَ مِنْ مَالِهِ) أَيْ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ (وَيَأْكُلَ) أَيْ الصَّغِيرُ مِنْ الأُضْحِيَّةِ الَّتِي هِيَ مِنْ مَالِهِ (مَا أَمْكَنَهُ وَيَبْتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ) كَالغِرْبَالِ وَالمُنْخُلِ كَمَا فِي الجِلْدِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَيْخِ الإِسْلامِ، وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَقِيلَ ذَلِكَ يَصِحُّ فِي جِلدِ الأُضْحِيَّةِ مِنْ غَيْرِ خِلافِ أَحَدٍ، وَأَمَّا فِي لَحْمِهَا فَلَيْسَ لَهُ إلا أَنْ يُطْعِمَ أَوْ يَأْكُلَ.

قَالَ (وَيَذبَحُ عَن كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم شَاةً أَو يَذبَحُ بَقَرَةً أَو بَدَنَةً عَن سَبعَةٍ) وَالقِيَاسُ أَن لا تَجُوزَ إلا عَن وَاحِدٍ، لأَنَّ الإرَاقَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ القُربَةُ، إلا أَنَّا تَرَكنَاهُ بِالأَثَرِ وَهُوَ مَا رُوِيَ عَن جَابِرٍ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «نَحَرنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ البَقَرَةَ عَن سَبعَةٍ وَالبَدَنَةَ عَن سَبعَةٍ»[1]. وَلا نَصَّ فِي الشَّاةِ، فَبَقِيَ عَلَى أَصلِ القِيَاسِ. وَتَجُوزُ عَن سِتَّةٍ أَو خَمسَةٍ أَو ثَلاثَةٍ، ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الأَصلِ، لأَنَّهُ لَمَّا جَازَ عَن السَّبعَةِ فَعَمَّن دُونَهُم أَولَى، وَلا تَجُوزُ عَن ثَمَانِيَةٍ أَخذًا بِالقِيَاسِ فِيمَا لا نَصَّ فِيهِ وَكَذَا إذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِم أَقَلَّ مِن السُّبُعِ، وَلا تَجُوزُ عَن الكُلِّ لانعِدَامِ وَصفِ القُربَةِ فِي البَعضِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ عَن أَهلِ بَيتٍ وَاحِدٍ وَإِن كَانُوا أَكثَرَ مِن سَبعَةٍ، وَلا تَجُوزُ عَن أَهلِ بَيتَينِ وَإِن كَانُوا أَقَلَّ مِنهَا لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «عَلَى كُلِّ أَهلِ بَيتٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَضحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ»[2] قُلنَا: المُرَادُ مِنهُ وَاللَّهُ أَعلَمُ قَيِّمُ أَهلِ البَيتِ لأَنَّ اليَسَارَ لَهُ يُؤَيِّدُهُ مَا يُروَى «عَلَى كُلِّ مُسلِمٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَضحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» وَلَو كَانَت البَدَنَةُ بَينَ اثنَينِ نِصفَينِ تَجُوزُ فِي الأَصَحِّ، لأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثَلاثَةُ الأَسبَاعِ جَازَ نِصفُ السُّبُعِ تَبَعًا، وَإِذَا جَازَ عَلَى الشَّرِكَةِ فَقِسمَةُ اللَّحمِ بِالوَزنِ لأَنَّهُ مَوزُونٌ، وَلَو اقتَسَمُوا جُزَافًا لا يَجُوزُ إلا إذَا كَانَ مَعَهُ شَيءٌ مِن الأَكَارِعِ وَالجِلدِ اعتِبَارًا بِالبَيعِ.

الشرح:

قَالَ: (وَيَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً) كَلامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِنْ السُّبُعِ لا يَجُوزُ) كَمَا إذَا مَاتَ وَتَرَكَ امْرَأَةً وَابْنًا **وَبَقَرَةً فَضَحَّيَا بِهَا يَوْمَ العِيدِ** لَمْ يَجُزْ، لأَنَّ نَصِيبَ المَرْأَةِ أَقَلُّ مِنْ السُّبُعِ فَلَمْ يَجُزْ نَصِيبُهَا وَلا نَصِيبُ الابْنِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (يَجُوزُ فِي الأَصَحِّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ إنَّهُ لا يَجُوزُ لأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلاثَةَ أَسْبَاعٍ وَنِصْفُ سُبُعٍ وَنِصْفُ السُّبُعِ لا يَجُوزُ فِي

---

(١) أخرجه مسلم في الحج (١٣٨، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٣)، وانظر نصب الراية (٤/٥٠٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي في الأضاحي باب ١٨، والنسائي (٣٩٤٠)، وابن ماجه (٣١٢٥)، وأحمد (٤/٢١٥، ٥/٧٦)، وانظر نصب الراية (٤/٥٠٢).

الأُضْحِيَّةِ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ البَعْضُ لَمْ يَجُزْ البَاقِي.

وَجْهُ الأَصَحِّ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (إلا إذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِنْ الأَكَارِعِ وَالجلد) بِأَنْ يَكُونَ مَعَ أَحَدِهِمَا بَعْضُ اللَّحْمِ مَعَ الأَكَارِعِ وَمَعَ الآخَرِ البَعْضُ مَعَ الجلد صَرْفًا للجِنْسِ إلَى خِلافِ الجِنْسِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ) لأَنَّ فِي القِسْمَةِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ فَلَمْ يَجُزْ مُجَازَفَةً عِنْدَ وُجُودِ القَدْرِ وَالجِنْسِ.

قَالَ (وَلَو اشتَرَى بَقَرَةً يُرِيدُ أَن يُضَحِّيَ بِهَا عَن نَفسِهِ ثُمَّ اشتَرَكَ فِيهَا سِتَّةٌ مَعَهُ جَازَ استِحسَانًا) وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ لأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلقُربَةِ فَيُمنَعُ عَن بَيعِهَا تَمَوُّلا وَالاشتِرَاكُ هَذِهِ صِفَتُهُ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ قَد يَجِدُ بَقَرَةً سَمِينَةً يَشتَرِيهَا وَلا يَظفَرُ بِالشُّرَكَاءِ وَقتَ البَيعِ، وَإِنَّمَا يَطلُبُهُم بَعدَهُ فَكَانَت الحَاجَةُ إِلَيهِ مَاسَّةً فَجَوَّزنَاهُ دَفعًا لِلحَرَجِ، وَقَد أَمكَنَ لأَنَّ بِالشِّرَاءِ لِلتَّضحِيَةِ لا يَمتَنِعُ البَيعُ، وَالأَحسَنُ أَن يَفعَلَ ذَلكَ قَبلَ الشِّرَاءِ لِيَكُونَ أَبعَدَ عَن الخِلافِ، وَعَن صُورَةِ الرُّجُوعِ فِي القُربَةِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُكرَهُ الاشتِرَاكُ بَعدَ الشِّرَاءِ لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ أَمْكَنَ) يَعْنِي دَفْعَ الحَرَجِ لأَنَّ بِالشِّرَاءِ لِلتَّضْحِيَةِ لا يَمْتَنِعُ البَيْعُ، وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَى أُضْحِيَّةً ثُمَّ بَاعَهَا وَاشْتَرَى مِثْلَهُ لَمْ يَكُنْ بَأْسٌ. (وَقَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا) أَرَدُّ بِهِ قَوْلَهُ لأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلقُرْبَةِ فَيَمْتَنِعُ عَنْ بَيْعِهَا إِلَى آخِرِهِ.

قَالَ (وَلَيسَ عَلَى الفَقِيرِ وَالمُسَافِرِ أُضحِيَّةٌ) لِمَا بَيَّنَّا. وَأَبُو بَكرٍ وَعُمَرُ كَانَا لا يُضَحِّيَانِ إِذَا كَانَا مُسَافِرَينِ، وَعَن عَلِيٍّ: وَلَيسَ عَلَى المُسَافِرِ جُمُعَةٌ وَلا أُضحِيَّةٌ

قَالَ: (وَوَقتُ الأُضحِيَّةِ يَدخُلُ بِطُلُوعِ الفَجرِ مِن يَومِ النَّحرِ)، إلا أَنَّهُ لا يَجُوزُ لأَهلِ الأَمصَارِ الذَّبحُ حَتَّى يُصَلِّيَ الإِمَامُ العِيدَ، فَأَمَّا أَهلُ السَّوَادِ فَيَذبَحُونَ بَعدَ الفَجرِ.

وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن ذَبَحَ شَاةً قَبلَ الصَّلاةِ فَليُعِد ذَبِيحَتَهُ، وَمَن ذَبَحَ بَعدَ الصَّلاةِ فَقَد تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ المُسلِمِينَ»[1] وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ

---

(١) سبق تخريجه.

«إنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هَذَا اليَومِ الصَّلاةُ ثُمَّ الأُضحِيَّةُ»[١] غَيرُ أَنَّ هَذَا الشَّرطَ فِي حَقِّ مَن عَلَيهِ الصَّلاةُ وَهُوَ المِصرِيُّ دُونَ أَهلِ السَّوَادِ، لأَنَّ التَّأخِيرَ لاحتِمَالِ التَّشَاغُلِ بِهِ عَن الصَّلاةِ، وَلا مَعنَى للتَّأخِيرِ فِي حَقِّ القَرَوِيِّ وَلا صَلاةَ عَلَيهِ، وَمَا رَوَينَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي نَفيِهِمَا الجَوَازَ بَعدَ الصَّلاةِ قَبلَ نَحرِ الإِمَامِ، ثُمَّ المُعتَبَرُ فِي ذَلكَ مَكَانُ الأُضحِيَّةِ، حَتَّى لَو كَانَت فِي السَّوَادِ وَالمُضَحِّي فِي المِصرِ يَجُوزُ كَمَا انشَقَّ الفَجرُ، وَلَو كَانَ عَلَى العَكسِ لا يَجُوزُ إلا بَعدَ الصَّلاةِ.

وَحِيلَةُ المِصرِيِّ إِذَا أَرَادَ التَّعجِيلَ أَن يَبعَثَ بِهَا إِلَى خَارِجِ المِصرِ فَيُضَحِّيَ بِهَا كَمَا طَلَعَ الفَجرُ، لأَنَّهَا تُشبِهُ الزَّكَاةَ مِن حَيثُ أَنَّهَا تَسقُطُ بِهَلاكِ المَالِ قَبلَ مُضِيِّ أَيَّامِ النَّحرِ كَالزَّكَاةِ بِهَلاكِ النِّصَابِ فَيُعتَبَرُ فِي الصَّرفِ مَكَانُ المَحَلِّ لا مَكَانُ الفَاعِلِ اعتِبَاراً بِهَا، بِخِلافِ صَدَقَةِ الفِطرِ لأَنَّهَا لا تَسقُطُ بِهَلاكِ المَالِ بَعدَمَا طَلَعَ الفَجرُ مِن يَومِ الفِطرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْله " وَمَنْ **ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلاة** فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ " فَإِنَّهُ بِإِطْلاقِه يَتَنَاوَلُ مَا قَبْلَ نَحْرِ الإِمَامِ وَمَا بَعْدَهُ.

وَلَو ضَحَّى بَعدَمَا صَلَّى أَهلُ المَسجِدِ وَلَم يُصَلِّ أَهلُ الجَبَّانَةِ أَجزَأَهُ استِحسَانًا لأَنَّهَا صَلاةٌ مُعتَبَرَةٌ، حَتَّى لَو اكتَفَوا بِهَا أَجزَأَتهُم وَكَذَا عَلَى عَكسِهِ. وَقِيلَ هُوَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَاستِحسَانًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلَوْ ضَحَّى بَعْدَمَا صَلَّى أَهْلُ الْمَسْجِد**) مَعْنَاهُ أَنْ يَخْرُجَ الإِمَامُ بِالنَّاسِ إِلَى الجَبَّانَة وَيَسْتَخْلفَ مَنْ يُصَلِّي بِالضَّعَفَة فِي الجَامعِ هَكَذَا فَعَلَهُ عَلِيٌّ ﷺ حِينَ قَدمَ الكُوفَةَ وَقَوْلُهُ (أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لا يَجُوزُ قِيَاسًا، لأَنَّ اعْتِبَارَ جَانب أَهْل الجَبَّانَة يَمْنَعُ الجَوَازَ وَاعْتِبَارَ جَانِب أَهْل المَسْجد يُجَوِّزُ، وَفِي العِبَادَات يُؤْخَذُ بِالاحْتِيَاط. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ وَهُوَ جَائِزٌ) أَيْ العَكْسُ جَائِزٌ قِيَاسًا

---

(١) أخرجه البخاري في الأضاحي باب ١، ١١، ومسلم في الأضاحي (٧)، وانظر نصب الراية (٥٠٤/٤).

وَاسْتِحْسَانًا. وَالفَرْقُ أَنَّ المَسْنُونَ فِي العِيدِ هُوَ الخُرُوجُ إِلَى الجَبَّانَةِ، وَأَهْلُ الجَبَّانَةِ هُمْ الأَصْلُ وَقَدْ صَلَّوْا فَيَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا.

قَالَ (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ: يَومُ النَّحرِ وَيَومَانِ بَعدَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ثَلاثَةُ أَيَّامٍ بَعدَهُ لقَولِه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَيَّامُ التَّشرِيقِ كُلُّهَا أَيَّامُ ذَبحٍ»[1] وَلَنَا مَا رُوِيَ عَن عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم أَنَّهُم قَالُوا: أَيَّامُ النَّحرِ ثَلاثَةٌ أَفضَلُهَا أَوَّلُهَا وَقَد قَالُوهُ سَمَاعًا لأَنَّ الرَّأيَ لا يَهتَدِي إِلَى المَقَادِيرِ، وَفِي الأَخبَارِ تَعَارُضٌ فَأَخَذنَا بِالمُتَيَقَّنِ وَهُوَ الأَقَلُّ، وَأَفضَلُهَا أَوَّلُهَا كَمَا قَالُوا وَلأَنَّ فِيهِ مُسَارَعَةً إِلَى أَدَاءِ القُربَةِ وَهُوَ الأَصلُ إِلا لِمُعَارِضٍ. وَيَجُوزُ الذَّبحُ فِي لَيَالِيهَا إِلا أَنَّهُ يُكرَهُ لاحتِمَالِ الغَلَطِ فِي ظُلمَةِ اللَّيلِ، وَأَيَّامُ النَّحرِ ثَلاثَةٌ، وَأَيَّامُ التَّشرِيقِ ثَلاثَةٌ، وَالكُلُّ يَمضِي بِأَربَعَةٍ أَوَّلُهَا نَحرٌ لا غَيرُ وَآخِرُهَا تَشرِيقٌ لا غَيرُ، وَالمُتَوَسِّطَانِ نَحرٌ وَتَشرِيقٌ، وَالتَّضحِيَةُ فِيهَا أَفضَلُ مِن التَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الأُضحِيَّةِ لأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَو سُنَّةً، وَالتَّصَدُّقُ تَطَوُّعٌ مَحضٌ فَتَفضُلُ عَلَيهِ، لأَنَّهَا تَفُوتُ بِفَوَاتِ وَقتِهَا، وَالصَّدَقَةُ يُؤتَى بِهَا فِي الأَوقَاتِ كُلِّهَا فَنَزَلَت مَنزِلَةَ الطَّوَافِ وَالصَّلاةِ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ.

الشرح:

قَالَ (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ إِلَخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا) أَيْ فِي لَيَالِي **أَيَّامِ النَّحْرِ** المُرَادُ بِهَا اللَّيْلَتَانِ المُتَوَسِّطَانِ لا غَيْرُ، فَلا تَدْخُلُ اللَّيْلَةُ الأُولَى وَهِيَ لَيْلَةُ العَاشِرِ مِنْ ذِي الحِجَّةِ وَلا لَيْلَةُ الرَّابِعَ عَشَرَ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ، لأَنَّ **وَقْتَ الأُضْحِيَّةِ** يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ اليَوْمُ العَاشِرُ، وَيَفُوتُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ مِنْ اليَوْمِ الثَّانِيَ عَشَرَ، فَلا يَجُوزُ فِي لَيْلَةِ النَّحْرِ أَلبَتَّةَ لِوُقُوعِهَا قَبْلَ وَقْتِهَا وَلا فِي لَيْلَةِ التَّشْرِيقِ المَحْضِ لِخُرُوجِهِ، وَإِنَّمَا جَازَتْ فِي اللَّيْلِ لأَنَّ اللَّيَالِيَ تَبَعٌ لِلأَيَّامِ، وَأَمَّا الكَرَاهَةُ فَلِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَالتَّضْحِيَةُ فِيهَا) أَيْ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ (أَفْضَلُ مِنْ التَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الأُضْحِيَّةِ) أَمَّا فِي حَقِّ المُوسِرِ فَلأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَوْ سُنَّةً فِي أَحَدِ قَوْلَيْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالتَّصَدُّقُ بِالثَّمَنِ تَطَوُّعٌ مَحْضٌ، وَلا شَكَّ فِي أَفْضَلِيَّةِ الوَاجِبِ أَوْ السُّنَّةِ عَلَى

---

(١) أخرجه أحمد (٤/٨٢)، وابن حبان (٣٨٥٤)، وانظر نصب الراية (٤/٥٠٤).

التَّطوُّعِ، وَأَمَّا فِي حَقِّ الْمُعْسِرِ فَلأَنَّ فِيهَا جَمْعًا بَيْنَ التَّقرُّبِ بِإِرَاقَةِ الدَّمِ، وَالتَّصدُّقُ وَالإِرَاقَةُ قُرْبَةٌ تَفُوتُ بِفَوَاتِ هَذِهِ الأَيَّامِ، وَلا شَكَّ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ القُرْبَتَيْنِ أَفْضَلُ، وَهَذَا الدَّلِيلُ يَشْمَلُ الغَنِيَّ وَالفَقِيرَ وَتَشْبِيهُهُ بِالصَّلاةِ وَالطَّوَافِ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الطَّوَافَ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ لِفَوَاتِهِ أَفْضَلُ مِنْ صَلاةِ التَّطوُّعِ الَّتِي لا تَفُوتُ، بِخِلافِ المَكِّيِّ فَإِنَّ الصَّلاةَ فِي حَقِّهِ أَفْضَلُ.

(وَلَو لَم يُضحِّ حَتَّى مَضَت أَيَّامُ النَّحرِ إِن كَانَ أَوجَبَ عَلَى نَفسِهِ أَو كَانَ فَقِيرًا وَقَد اشتَرَى الأُضحِيَّةَ تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً وَإِن كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ شَاةٍ اشتَرَى أَو لَم يَشتَرِ) لأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى الغَنِيِّ. وَتَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ التَّضحِيَةِ عِندَنَا، فَإِذَا فَاتَ الوَقتُ وَجَبَ عَلَيهِ التَّصَدُّقُ إِخرَاجًا لَهُ عَن العُهدَةِ، كَالجُمُعَةِ تُقضَى بَعدَ فَوَاتِهَا ظُهرًا، وَالصَّومِ بَعدَ العَجزِ فِديَةً.

الشرح:

(لَوْ لَمْ **يُضَحِّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ** إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ) بِأَنْ عَيَّنَ شَاةً فَقَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِهَذِهِ الشَّاةِ سَوَاءٌ كَانَ المُوجِبُ فَقِيرًا أَوْ غَنِيًّا (**أَوْ كَانَ**) **المُضَحِّي** (**فَقِيرًا وَقَدْ اشْتَرَى شَاةً بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ** تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً وَإِنْ كَانَ) مَنْ لَمْ يُضَحِّ (غَنِيًّا) وَلَمْ يُوجِبْ عَلَى نَفْسِهِ شَاةً بِعَيْنِهَا (تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ اشْتَرَى أَوْ لَمْ يَشْتَرِ لأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى الغَنِيِّ) عَيَّنَهَا أَوْ لَمْ يُعَيِّنْهَا (وَعَلَى الفَقِيرِ بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ التَّضْحِيَةِ عِنْدَنَا فَإِذَا فَاتَ وَقْتُ التَّقَرُّبِ بِالإِرَاقَةِ) وَالحَقُّ مُسْتَحَقٌّ (وَجَبَ التَّصَدُّقُ) بِالعَيْنِ أَوْ القِيمَةِ (إِخْرَاجًا لَهُ عَنْ العُهْدَةِ، كَالجُمُعَةِ تُقْضَى بَعْدَ فَوَاتِهَا ظُهْرًا، وَالصَّوْمِ بَعْدَ العَجْزِ فِدْيَةً) وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ قَضَاءَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ فِي الأَدَاءِ بِجِنْسٍ خِلافُ الأَدَاءِ.

قَالَ: (وَلا يُضَحِّي بِالعَميَاءِ وَالعَورَاءِ وَالعَرجَاءِ الَّتِي لا تَمشِي إِلَى المَنسِكِ وَلا العَجفَاءِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا تُجزِئُ فِي الضَّحَايَا أَربَعَةٌ: العَورَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا وَالعَرجَاءُ البَيِّنُ عَرجُهَا وَالمَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالعَجفَاءُ الَّتِي لا تُنقِي»[1] قَالَ (وَلا تُجزِئُ مَقطُوعَةُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ). أَمَّا الأُذُنُ فَلِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «استَشرِفُوا العَينَ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي في الأضاحي باب ٥، والنسائي في الضحايا باب ٥-٧، وابن ماجه (٣١٤٤)، وأحمد (٤/٢٨٤، ٢٨٩، ٣٠٠)، وانظر نصب الراية (٤/٥٠٦).

وَالأُذُنَ»[(١)] أَي اُطلُبُوا سَلامَتَهُمَا. وَأَمَّا الذَّنَبُ فَلأَنَّهُ عُضوٌ كَامِلٌ مَقصُودٌ فَصَارَ كَالأُذُنِ.

قَالَ (وَلا الَّتِي ذَهَبَ أَكثَرُ أُذُنِهَا وَذَنَبِهَا، وَإِن بَقِيَ أَكثَرُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ جَازَ) لأَنَّ للأَكثَرِ حُكمَ الكُلِّ بَقَاءً وَذَهَابًا وَلأَنَّ العَيبَ اليَسِيرَ لا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ فَجُعِلَ عَفوًا، وَاختَلَفَت الرِّوَايَةُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ فِي مِقدَارِ الأَكثَرِ. فَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنهُ: وَإِن قُطِعَ مِن الذَّنَبِ أَو الأُذُنِ أَو العَينِ أَو الأَليَةِ الثُّلُثُ أَو أَقَلُّ أَجزَأَهُ، وَإِن كَانَ أَكثَرَ لَم يُجزِهِ لأَنَّ الثُّلُثَ تَنفُذُ فِيهِ الوَصِيَّةُ مِن غَيرِ رِضَا الوَرَثَةِ فَاعتُبِرَ قَلِيلا، وَفِيمَا زَادَ لا تَنفُذُ إلا بِرِضَاهُم فَاعتُبِرَ كَثِيرًا، وَيُروَى عَنهُ الرُّبُعُ لأَنَّهُ يَحكِي حِكَايَةَ الكَمَال عَلَى مَا مَرَّ فِي الصَّلاةِ، وَيُروَى الثُّلُثُ لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ الوَصِيَّةِ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[(٢)] وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إذَا بَقِيَ الأَكثَرُ مِن النِّصفِ أَجزَأَهُ اعتِبَارًا للحَقِيقَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلاةِ وَهُوَ اختِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيثِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَخبَرت بِقَولِي أَبَا حَنِيفَةَ، فَقَالَ قَولِي هُوَ قَولُك. قِيلَ هُوَ رُجُوعٌ مِنهُ إلَى قَول أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ مَعنَاهُ قَولِي قَرِيبٌ مِن قَولك. وَفِي كَونِ النِّصفِ مَانِعًا رِوَايَتَانِ عَنهُمَا كَمَا فِي انكِشَافِ العُضوِ عَن أَبِي يُوسُفَ، ثُمَّ مَعرِفَةُ المِقدَارِ فِي غَيرِ العَينِ مُتَيَسِّرٌ، وَفِي العَينِ قَالُوا: تُشَدُّ العَينُ المَعِيبَةُ بَعدَ أَن لا تَعتَلِفَ الشَّاةُ يَومًا أَو يَومَينِ ثُمَّ يُقَرَّبُ العَلَفُ إلَيهَا قَلِيلا قَلِيلا، فَإِذَا رَأَتهُ مِن مَوضِعٍ أُعلِمَ عَلَى ذَلكَ المَكَانِ ثُمَّ تُشَدُّ عَينُهَا الصَّحِيحَةُ وَقُرِّبَ إلَيهَا العَلَفُ قَلِيلا قَلِيلا حَتَّى إذَا رَأَتهُ مِن مَكَان أُعلِمَ عَلَيهِ. ثُمَّ يُنظَرُ إلَى تَفَاوُتِ مَا بَينَهُمَا، فَإِن كَانَ ثُلُثًا فَالذَّاهِبُ الثُّلُثُ، وَإِن كَانَ نِصفًا فَالنِّصفُ.

الشرح:

قَالَ (وَلا يُضَحَّى بِالعَمْيَاءِ وَالعَوْرَاءِ) هَذَا بَيَانُ مَا لا يَجُوزُ التَّضْحِيَةُ بِهِ. وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ العَيْبَ الفَاحِشَ مَانِعٌ وَاليَسِيرَ غَيْرُ مَانِعٍ، لأَنَّ الحَيَوَانَ قَلَّمَا يَنْجُو عَنْ يَسِيرِ العَيْبِ، وَاليَسِيرُ مَا لا أَثَرَ لَهُ فِي لَحْمِهَا، وَللعَوَرِ أَثَرٌ فِي ذَلِكَ لأَنَّهُ لا يُبْصِرُ بِعَيْنٍ وَاحِدَةٍ مِنْ العَلَفِ مَا يُبْصِرُ بِعَيْنَيْنِ، وَقِلَّةُ العَلَفِ تُورِثُ الهُزَالَ، وَالحَدِيثُ المَذْكُورُ دَالٌّ عَلَى ذَلِكَ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٤)، والترمذي في الأضاحي باب ٦، ٩، والنسائي (٤٣٧٢)، وابن ماجه (٣١٤٢)، وأحمد (٩٥/١)، وانظر نصب الراية (٥٠٧/٤).

(٢) سيأتي في الوصايا.

وَالعَرْجَاءُ البَيِّنُ عَرَجُهَا: هِيَ مَا لا يُمْكِنُهَا المَشْيُ بِرِجْلِهَا العَرْجَاءِ، وَإِنَّمَا تَمْشِي بِثَلاثِ قَوَائِمَ حَتَّى لَوْ كَانَتْ تَضَعُ الرَّابِعَةَ عَلَى الأَرْضِ وَتَسْتَعِينُ بِهَا جَازَ. وَالعَجْفَاءُ: الَّتِي لا تُنَقِّي: هِيَ الَّتِي لَيْسَ لَهَا نِقْيٌ: أَيْ مُخٌّ مِنْ شِدَّةِ العَجَفِ، وَبَقِيَّةُ كَلامِهِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِك) أَيْ قَوْلِي الأَوَّلُ وَهُوَ أَنَّ الأَكْثَرَ مِنْ الثُّلُثِ مَانِعٌ لا مَا دُونَهُ أَقْرَبُ إِلَى قَوْلِك الَّذِي هُوَ أَنَّ الأَكْثَرَ مِنْ النِّصْفِ إِذَا بَقِيَ أَجْزَأَهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّ الرُّبُعَ أَوْ الثُّلُثَ مَانِعٌ. وَفِي كَوْنِ النِّصْفِ مَانِعًا عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ رِوَايَتَانِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ ذَلِكَ فِي الكَشَّافِ العُضْوُ فِي أَوَّلِ الكِتَابِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَن يُضَحِّيَ بِالجمَّاءِ) وَهِيَ الَّتِي لا قَرنَ لَهَا لأَنَّ القَرنَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقصُودٌ، وَكَذَا مَكسُورَةُ القَرنِ لِمَا قُلنَا (وَالخَصِيّ) لأَنَّ لَحمَهَا أَطيَبُ وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَحَّى بِكَبشَينِ أَملَحَينِ مَوجُوءَينِ»[1] (وَالثَّولاءِ) وَهِيَ المَجنُونَةُ، وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَت تَعتَلِفُ لأَنَّهُ لا يُخِلُّ بِالمَقصُودِ، أَمَّا إِذَا كَانَت لا تَعتَلِفُ فَلا تُجزِئُهُ. وَالجَربَاءُ إِن كَانَت سَمِينَةً جَازَ لأَنَّ الجَربَ فِي الجِلدِ وَلا نُقصَانَ فِي اللَّحمِ، وَإِن كَانَت مَهزُولَةً لا يَجُوزُ لأَنَّ الجَربَ فِي اللَّحمِ فَانتَقَصَ. وَأَمَّا الهَتمَاءُ وَهِيَ الَّتِي لا أَسنَانَ لَهَا؛ فَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعتَبَرُ فِي الأَسنَانِ الكَثرَةُ وَالقِلَّةُ، وَعَنهُ إِن بَقِيَ مَا يُمكِنُهُ الاعتِلافُ بِهِ أَجزَأَهُ لِحُصُولِ المَقصُودِ. وَالسَّكَّاءُ وَهِيَ الَّتِي لا أُذُنَ لَهَا خِلقَةً لا تَجُوزُ، لأَنَّ مَقطُوعَ أَكثَرِ الأُذُنِ إِذَا كَانَ لا يَجُوزُ فَعَدِيمُ الأُذُنِ أَولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ القَرْنَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقْصُودٌ) أَلا تَرَى أَنَّ التَّضْحِيَةَ بِالإِبِلِ جَائِزَةٌ وَلا قَرْنَ لَهُ، وَالكَبْشُ الأَمْلَحُ مَا فِيهِ مُلْحَةٌ، وَهِيَ بَيَاضٌ يَشُوبُهُ شُعَيْرَاتٌ سُودٌ. وَالوَجْءُ نَوْعٌ مِنْ الخِصَاءِ، وَهُوَ أَنْ تُرَضَّ العُرُوقُ مِنْ غَيْرِ إِخْرَاجِ الخُصْيَتَيْنِ.

(وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرنَا (إِذَا كَانَت هَذِهِ العُيُوبُ قَائِمَةً وَقتَ الشِّرَاءِ، وَلَو اشتَرَاهَا سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبَت بِعَيبٍ مَانِعٍ إِن كَانَ غَنِيًّا عَلَيهِ غَيرُهَا، وَإِن فَقِيرًا تُجزِئُهُ هَذِهِ) لأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الغَنِيِّ بِالشَّرعِ ابتِدَاءً لا بِالشِّرَاءِ فَلَم تَتَعَيَّن بِهِ، وَعَلَى الفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنِيَّةِ الأُضحِيَّةِ فَتَعَيَّنَت، وَلا يَجِبُ عَلَيهِ ضَمَانُ نُقصَانِهِ كَمَا فِي نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَعَن هَذَا

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣١٢٢)، وأحمد (٢٢٠/٦، ٢٢٥)، وانظر نصب الراية (٥٠٨/٤).

الأصل قَالُوا: إِذَا مَاتَت المُشتَرَاةُ للتَّضحِيَةِ؛ عَلَى المُوسِرِ مَكَانَهَا أُخرَى وَلا شَيءَ عَلَى الفَقِيرِ، وَلَو ضَلَّت أَو سُرِقَت فَاشتَرَى أُخرَى ثُمَّ ظَهَرَت الأُولَى فِي أَيَّامِ النَّحرِ عَلَى المُوسِرِ ذَبحُ إحدَاهُمَا وَعَلَى الفَقِيرِ ذَبحُهُمَا (وَلَو أَضجَعَهَا فَاضطَرَبَت فَانكَسَرَت رِجلُهَا فَذَبَحَهَا أَجزَأَهُ استِحسَانًا) عِندَنَا خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لأَنَّ حَالَةَ الذَّبحِ وَمُقَدِّمَاتِهِ مُلحَقَةٌ بِالذَّبحِ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ بِهِ اعتِبَارًا وَحُكمًا (وَكَذَا لَو تَعَيَّبَت فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَانفَلَتَت ثُمَّ أُخِذَت مِن فَورِهِ، وَكَذَا بَعدَ فَورِهِ عِندَ مُحَمَّدٍ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ) لأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدِّمَاتِ الذَّبحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَتَعَيَّنَتْ) يَعْنِي هَذِهِ الشَّاةَ الْمُشْتَرَاةَ لِلأُضْحِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي نِصَابِ الزَّكَاةِ) فَإِنَّهُ إذَا نَقَصَ بَعْدَمَا وَجَبَتْ الزَّكَاةُ فِيهِ يَسْقُطُ بِقَدْرِهِ وَلا يَضْمَنُهُ رَبُّ الْمَالِ لأَنَّ النُّقْصَانَ لَمْ يَكُنْ بِفِعْلِهِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ مَحِلَّ الوُجُوبِ فِيهِمَا جَمِيعًا الْمَالُ لا الذِّمَّةُ، فَإِذَا هَلَكَ الْمَالُ سَقَطَ الوُجُوبُ (وَعَنْ هَذَا الأَصْلِ) يَعْنِي كَوْنَ الوُجُوبِ عَلَى الغَنِيِّ بِالشَّرْعَةِ لا بِالشِّرَاءِ وَعَلَى الفَقِيرِ بِالعَكْسِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى الفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا) لأَنَّ الوُجُوبَ عَلَيْهِ بِالشِّرَاءِ وَقَدْ تَعَدَّدَ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ الأَصْلِ يُوَافِقُ مَا ذَكَرَهُ شَيْخُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا كَانَ مُوسِرًا لا تَصِيرُ وَاجِبَةً بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَجِبُ. وَرَوَى الزَّعْفَرَانِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهَا لا تَجِبُ وَهُوَ رِوَايَةُ النَّوَادِرِ.

وَقَوْلُهُ (فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا) مِنْ بَابِ ذِكْرِ الخَاصِّ وَإِرَادَةِ العَامِّ، فَإِنَّهُ إذَا أَصَابَهَا مَانِعٌ غَيْرُ الانْكِسَارِ بِالاضْطِرَابِ حَالَةَ الإِضْجَاعِ لِلذَّبْحِ كَانَ الحُكْمُ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا قُيِّدَ الإِجْزَاءُ بِالاسْتِحْسَانِ لأَنَّ وَجْهَ القِيَاسِ بِخِلافِهِ، لأَنَّ تَأَدِّيَ الوَاجِبِ بِالتَّضْحِيَةِ لا بِالإِضْجَاعِ وَهِيَ مَعِيبَةٌ عِنْدَهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَتْ كَذَلِكَ قَبْلَهُ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدِّمَاتِ الذَّبْحِ) دَلِيلُ مُحَمَّدٍ. وَدَلِيلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الفَوْرَ لَمَّا انْقَطَعَ خَرَجَ الفِعْلُ الَّذِي تَعَيَّنَتْ بِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا مِنْ أَسْبَابِ هَذَا الذَّبْحِ الَّذِي وُجِدَ بَعْدَ الفَوْرِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا حَصَلَ بِفِعْلٍ آخَرَ.

قَالَ (وَالأُضحِيَّةُ مِن الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ) لأَنَّهَا عُرِفَت شَرعًا وَلَم تُنقَل التَّضحِيَةُ

بِغَيرِهَا مِن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَلا مِن الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم. قَالَ (وَيُجزِئُ مِن ذَلكَ كُلِّهِ الثَّنِيُّ فَصَاعِدًا. إلا الضَّأنَ فَإِنَّ الجذَعَ مِنهُ يُجزِئُ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إلا أَن يُعسِرَ عَلَى أَحَدِكُم فَليَذبَح الجَذَعَ مِن الضَّأن»[(١)] وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نِعمَت الأُضحِيَةُ الجَذَعُ مِن الضَّأن»[(٢)] قَالُوا: وَهَذَا إذَا كَانَت عَظِيمَةً بِحَيثُ لَو خُلِطَت بِالثُّنيَانِ يَشتَبِهُ عَلَى النَّاظِرِ مِن بَعِيدٍ. وَالجَذَعُ مِن الضَّأنِ مَا تَمَّت لَهُ سِتَّةُ أَشهُرٍ فِي مَذهَبِ الفُقَهَاءِ، وَذَكَرَ الزَّعفَرَانِيُّ أَنَّهُ ابنُ سَبعَةِ أَشهُرٍ. وَالثَّنِيُّ مِنهَا وَمِن المَعَزِ سَنَةٌ، وَمِن البَقَرِ ابنُ سَنَتَينِ، وَمِن الإِبِل ابنُ خَمسِ سِنِينَ، وَيَدخُلُ فِي البَقَرِ الجَامُوسُ لأَنَّهُ مِن جِنسِهِ، وَالمَولُودُ بَينَ الأَهلِيِّ وَالوَحشِيِّ يَتبَعُ الأُمَّ لأَنَّهَا هِيَ الأَصلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، حَتَّى إذَا نَزَا الذِّئبُ عَلَى الشَّاةِ يُضَحَّى بِالوَلَدِ.

الشرح:

قَالَ (**وَالأُضْحِيَّةُ مِنْ الإِبِلِ وَالبَقَرِ** إلَخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ؛ لأَنَّ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ الجَذَعُ مِنْ الشِّيَاهِ مَا تَمَّتْ لَهَا سَنَةٌ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَقَوْلُهُ لأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ لأَنَّهُ جُزْؤُهَا وَلِهَذَا يَتْبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ، وَهَذَا لأَنَّ المُنْفَصِلَ مِنْ الفَحْلِ هُوَ المَاءُ، وَأَنَّهُ غَيْرُ مَحَلٍّ لِهَذَا الحُكْمِ، وَالمُنْفَصِلُ مِنْ الأُمِّ هُوَ الحَيَوَانُ وَهُوَ مَحَلٌّ لَهُ فَاعْتُبِرَ بِهَا.

قَالَ (**وَإِذَا اشْتَرَى سَبْعَةٌ بَقَرَةً لِيُضَحُّوا بِهَا فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ النَّحْرِ وَقَالَتْ الوَرَثَةُ اذْبَحُوهَا عَنْهُ وَعَنْكُمْ** أَجْزَأَهُمْ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُ السِّتَّةِ نَصْرَانِيًّا أَوْ رَجُلا يُرِيدُ اللَّحْمَ لَمْ يُجْزِ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) وَوَجْهُهُ أَنَّ البَقَرَةَ تَجُوزُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَلَكِنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ الكُلِّ القُرْبَةَ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ جِهَاتُهَا كَالأُضْحِيَّةِ وَالقِرَانِ وَالمُتْعَةِ عِنْدَنَا لاتِّحَادِ المَقْصُودِ وَهُوَ القُرْبَةُ، وَقَدْ وُجِدَ هَذَا الشَّرْطُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لأَنَّ الضَّحِيَّةَ عَنْ الغَيْرِ عُرِفَتْ قُرْبَةً؛ أَلا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ ضَحَّى عَنْ أُمَّتِهِ [(٣)] عَلَى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الوَجْهِ الثَّانِي لأَنَّ النَّصْرَانِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، وَكَذَا قَصْدُ اللَّحْمِ

---

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي باب ١٣، وانظر نصب الراية (٤/٥١٠).

(٢) أخرجه الترمذي في الأضاحي باب ٧، وأحمد (٢/٤٤٥)، وانظر نصب الراية (٤/٥١٠).

(٣) سبق تخريجه في الحج وغيره.

يُنَافِيهَا. وَإِذَا لَمْ يَقَعْ البَعْضُ قُرْبَةً وَالإِرَاقَةُ لا تَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ القُرْبَةِ لَمْ يَقَعْ الكُلُّ أَيْضًا فَامْتَنَعَ الجَوَازُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ.

وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ، لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالإِتْلافِ فَلا يَجُوزُ عَن غَيرِهِ كَالإِعتَاقِ عَن المَيِّتِ، لَكِنَّا نَقُولُ: القُربَةُ قَد تَقَعُ عَن المَيِّتِ كَالتَّصَدُّقِ، بِخِلافِ الإِعتَاقِ لأَنَّ فِيهِ إِلزَامَ الوَلاءِ عَلَى المَيِّتِ (فَلَو ذَبَحُوهَا عَن صَغِيرٍ فِي الوَرَثَةِ أَو أُمِّ وَلَدٍ جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُربَةٌ (وَلَو مَاتَ وَاحِدٌ مِنهُم فَذَبَحَهَا البَاقُونَ بِغَيرِ إِذنِ الوَرَثَةِ لا تُجزِيهِم) لأَنَّهُ لَم يَقَع بَعضُهَا قُربَةً، وَفِيمَا تَقَدَّمَ وُجِدَ الإِذنُ مِن الوَرَثَةِ فَكَانَ قُربَةً.

الشرح:

قَوْلُهُ (**لَكِنْ مِنْ شَرْطِ أَنْ يَكُونَ قَصَدَ بِالكُلِّ القُرْبَةَ**) لأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ فِي ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: النَّصُّ وَرَدَ فِي الأُضْحِيَّةِ فَكَيْفَ جَوَّزْتُمْ مَعَ اخْتِلافِ جِهَاتِ القُرَبِ كَالأُضْحِيَّةِ وَالقِرَانِ وَالمُتْعَةِ؟ قُلنَا: اعْتَمَدَ عَلَى ذَلِكَ زُفَرُ وَلَمْ يُجَوِّزْ عِنْدَ اخْتِلافِهَا. لَكِنَّا نَقُولُ: إِذَا كَانَتْ الجِهَاتُ قُرَبًا اتَّحَدَ مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ كَوْنِهَا قُرْبَةً فَجَازَ الإِلحَاقُ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا غَيْرَ قُرْبَةٍ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهَا، وَإِذَا بَطَلَ فِي ذَلِكَ بَطَلَ فِي البَاقِي لِعَدَمِ التَّجَزِّي. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ) يُشِيرُ إِلَى وَجْهِ الاسْتِحْسَانِ. وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ لأَنَّ الإِرَاقَةَ لا تَتَجَزَّأُ، وَبَعْضُ الإِرَاقَةِ وَقَعَ نَفْلا أَوْ لَحْمًا فَصَارَ الكُلُّ كَذَلِكَ، وَلَمْ يُعْكَسْ لأَنَّ الوَاجِبَ قَدْ يَنْقَلِبُ تَطَوُّعًا بِخِلافِ العَكْسِ وَالإِرَاقَةُ قَدْ تَصِيرُ لِلَحْمٍ مَعَ نِيَّةِ القُرْبَةِ إِذَا لَمْ تُصَادِفْ مَحِلَّهَا أَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ وَقْتِ الأُضْحِيَّةِ، وَالإِرَاقَةُ لِلَحْمٍ لا تَصِيرُ قُرْبَةً بِحَالٍ.

قَالَ (وَيَأكُلُ مِن لَحمِ الأُضحِيَّةِ وَيُطعِمُ الأَغنِيَاءَ وَالفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «كُنتُ نَهَيتُكُم عَن أَكلِ لُحُومِ الأَضَاحِيِّ فَكُلُوا مِنهَا وَادَّخِرُوا»[1] وَمَتَى جَازَ أَكلُهُ وَهُوَ غَنِيٌّ جَازَ أَن يُؤَكِّلَهُ غَنِيًّا

الشرح:

وَقَالَ (**وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الأُضْحِيَّةِ إِلَخْ**) الأُضْحِيَّةُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَنْذُورَةً أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالحُكْمُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلَيْسَ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْ

---

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (٢٩)، وانظر نصب الراية (٤/٥١٢).

لَحْمِهَا وَلا أَنْ يُطْعِمَ الأَغْنِيَاءَ لأَنَّ سَبِيلَهَا التَّصَدُّقُ، وَلَيْسَ لِلْمُتَصَدِّقِ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ صَدَقَتِه، وَلَوْ أَكَلَ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مَا أَكَلَ.

قَالَ (وَيُستَحَبُّ أَن لا يَنقُصَ الصَّدَقَةَ عَنِ الثُّلُثِ) لأَنَّ الجِهَاتِ ثَلاثَةٌ: الأَكلُ وَالادِّخَارُ لِمَا رَوَينَا، وَالإِطعَامُ لقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ ﴾ [الحج: ٣٦] فَانقَسَمَ عَلَيهِم أَثلاثًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**فَكُلُوا مِنْهَا وَادَّخِرُوا**» وَالقَانِعُ: هُوَ السَّائِلُ، مِنْ القُنُوعِ لا مِنْ القَنَاعَة، وَالمُعْتَرُّ: هُوَ الَّذِي يَتَعَرَّضُ لِلسُّؤَال وَلا يَسْأَلُ.

قَالَ (وَيَتَصَدَّقُ بِجِلدِهَا) لأَنَّهُ جُزءٌ مِنهَا (أَو يَعمَلُ مِنهُ آلَةً تُستَعمَلُ فِي البَيتِ) كَالنِّطعِ وَالجِرَابِ وَالغِربَالِ وَنَحوِهَا، لأَنَّ الانتِفَاعَ بِهِ غَيرُ مُحَرَّمٍ (وَلا بَأسَ بِأَن يَشتَرِيَ بِهِ مَا يَنتَفِعُ بِعَينِهِ فِي البَيتِ مَعَ بَقَائِهِ) استِحسَانًا، وَذَلِكَ مِثلُ مَا ذَكَرنَا لأَنَّ لِلبَدَلِ حُكمَ المُبدَلِ، (وَلا يَشتَرِي بِهِ مَا لا يَنتَفِعُ بِهِ إِلا بَعدَ استِهلاكِهِ كَالخَلِّ وَالأَبَازِيرِ) اعتِبَارًا بِالبَيعِ بِالدَّرَاهِمِ. وَالمَعنَى فِيهِ أَنَّهُ تَصَرُّفٌ عَلَى قَصدِ التَّمَوُّلِ، وَاللَّحمُ بِمَنزِلَةِ الجِلدِ فِي الصَّحِيحِ، فَلَو بَاعَ الجِلدَ أَو اللَّحمَ بِالدَّرَاهِمِ أَو بِمَا لا يَنتَفِعُ بِهِ إِلا بَعدَ استِهلاكِهِ تَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ، لأَنَّ القُربَةَ انتَقَلَت إِلَى بَدَلِهِ، وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن بَاعَ جِلدَ أُضحِيَّتِهِ فَلا أُضحِيَّةَ لَهُ»[1] يُفِيدُ كَرَاهَةَ البَيعِ، البَيعُ جَائِزٌ لِقِيَامِ المِلكِ وَالقُدرَةِ عَلَى التَّسلِيمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالخَلِّ) بِالخَاءِ المُعْجَمَة وَالمُهْمَلَة (وَالأَبَازِيرُ) التَّوَابِلُ جَمْعُ أَبْزَارٍ بِالفَتْحِ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازًا عَمَّا قَبْلُ إِنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّحْمِ إِلا الأَكْلَ وَالإِطْعَامَ، فَلَوْ بَاعَ **بِشَيْءٍ يُنْتَفَعُ بِهِ بِعَيْنِه** لا يَجُوزُ، وَالصَّحِيحُ مَا قَالَ شَيْخُ الإِسْلامِ إِنَّ اللَّحْمَ بِمَنْزِلَة الجِلد، إِنْ بَاعَهُ بِشَيْءٍ يُنْتَفَعُ بِه بِعَيْنِه جَازَ. وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى بِاللَّحْمِ ثَوْبًا فَلا بَأْسَ بِلُبْسِه. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ القُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَى بَدَلِه) لأَنَّ تَمَلُّكَ البَدَلِ مِنْ حَيْثُ التَّمَوُّل سَاقِطٌ فَلَمْ يَبْقَ إِلا جِهَةُ القُرْبَةِ وَسَبِيلُهَا التَّصَدُّقُ.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/٤٩٦)، والحاكم (٢/٣٨٩)، وانظر نصب الراية (٤/٥١٣).

قَالَ (وَلا يُعطِي أُجرةَ الجزَّارِ مِن الأضحِيَّةِ) «لقَولهِ عَلَيه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لعَليٍّ ﷺ تَصدَّق بِجِلالهَا وَخِطَامِهَا وَلا تُعطِ أَجرَ الجزَّارِ منهَا شيئًا»[١] وَالنَّهيُ عَنهُ نَهيٌ عَن البَيعِ أَيضًا لأَنَّهُ فِي مَعنَى البَيعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ) لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ عَقْدُ مُعَاوَضَة.

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ **يَجُزَّ صُوفَ أُضْحِيَّته وَيَنْتَفِعَ به قَبْلَ أَنْ يَذْبَحهَا**) لأَنَّهُ التَزَمَ إِقَامَةَ القُرْبَة بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، بِخِلافِ مَا بَعْدَ الذَّبْحِ لأَنَّهُ أُقِيمَتْ القُرْبَةُ بِهَا كَمَا فِي الهَدْي، وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْلُبَ لَبَنَهَا فَيَنْتَفِعَ بِهِ كَمَا فِي الصُّوفِ.

قَالَ (وَالأَفضَلُ أَن يَذبَحَ أُضحِيَّتَهُ بِيَدِهِ إِن كَانَ يُحسِنُ الذَّبحَ) وَإِن كَانَ لا يُحسِنُهُ فَالأَفضَلُ أَن يَستَعِينَ بِغَيرِهِ، وَإِذَا استَعَانَ بِغَيرِهِ يَنبَغِي أَن يَشهَدَهَا بِنَفسِهِ «لقَولهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لفَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا: قُومِي فَاشهَدِي أُضحِيَّتَك، فَإِنَّهُ يُغفَرُ لَك بِأَوَّل قَطرَةٍ مِن دَمِهَا كُلُّ ذَنبٍ»[٢].

الشرح:

قَوْلُهُ (مِنْ دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ)، تَمَامُ الحَدِيثِ «**أَمَّا أَنَّهُ يُجَاءُ بِدَمِهَا وَلَحْمِهَا فَيُوضَعُ فِي مِيزَانِك وَسَبْعُونَ ضَعْفًا** فَقَالَ أَبُو سَعِيد الخُدْرِيُّ ﷺ: هَذَا لآلِ مُحَمَّد خَاصَّةً أَمْ لآلِ مُحَمَّدٍ وَالمُسْلِمِينَ عَامَّةً؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ **لآلِ مُحَمَّدٍ خَاصَّةً، وَلِلمُسْلِمِينَ عَامَّةً**».

قَالَ (وَيُكْرَهُ أَنْ **يَذْبَحهَا الكِتَابِيُّ**) لأَنَّهُ عَمَلٌ هُوَ قُرْبَةٌ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا، فَلَوْ أَمَرَهُ فَذَبَحَ جَازَ لأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاة، وَالقُرْبَةُ أُقِيمَتْ بِإِنَابَته وَنِيَّته، بِخِلافِ مَا إِذَا أَمَرَ المَجُوسِيَّ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاة فَكَانَ إِفْسَادًا.

قَالَ (وَإِذَا غَلطَ رَجُلانِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أُضحِيَّةَ الآخَرِ أَجزَأَ عَنهُمَا وَلا ضَمَانَ عَلَيهِمَا) وَهَذَا استِحسَانٌ، وَأَصلُ هَذَا أَنَّ مَن ذَبَحَ أُضحِيَّةَ غَيرِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ لا يَحِلُّ

---

(١) أخرجه الجماعة إلا الترمذي، وانظر نصب الراية (٤/٥١٤).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/٣٩١، ٣٩٢)، والحاكم (٤/٢٢٢)، وانظر نصب الراية (٤/٥١٤).

لَهُ ذَلكَ وَهُوَ ضَامِنٌ لقِيمَتِهَا، وَلا يُجزِئُهُ عَن الأُضحِيَّةِ فِي القِيَاسِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَفِي الاستِحسَانِ يَجُوزُ وَلا ضَمَانَ عَلَى الذَّابِحِ، وَهُوَ قَولُنَا. وَجهُ القِيَاسِ أَنَّهُ ذَبَحَ شَاةَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ فَيَضمَنُ، كَمَا إذَا ذَبَحَ شَاةً اشتَرَاهَا القَصَّابُ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهَا تَعَيَّنَت للذَّبحِ لتَعَيُّنِهَا للأُضحِيَّةِ حَتَّى وَجَبَ عَلَيهِ أَن يُضَحِّيَ بِهَا بِعَينِهَا فِي أَيَّامِ النَّحرِ. وَيُكرَهُ أَن يُبدِلَ بِهَا غَيرَهَا فَصَارَ المَالُ مُستَعِينًا بِكُلِّ مَن يَكُونُ أَهلا للذَّبحِ آذِنًا لَهُ دَلالَةً لأَنَّهَا تَفُوتُ بِمُضِيِّ هَذِهِ الأَيَّامِ، وَعَسَاهُ يَعجَزُ عَن إقَامَتِهَا بِعَوَارِضَ فَصَارَ كَمَا إذَا ذَبَحَ شَاةً شَدَّ القَصَّابُ رِجلَهَا، فَإِن قِيلَ: يَفُوتُهُ أَمرٌ مُستَحَبٌّ وَهُوَ أَن يَذبَحَهَا بِنَفسِهِ أَو يَشهَدَ الذَّبحَ فَلا يَرضَى بِهِ. قُلنَا: يَحصُلُ لَهُ بِهِ مُستَحَبَّانِ آخَرَانِ، صَيرُورَتُهُ مُضَحِّيًا لِمَا عَيَّنَهُ، وَكَونُهُ مُعَجِّلا بِهِ فَيَرتَضِيهِ، وَلعُلَمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ مِن هَذَا الجِنسِ مَسَائِلُ استِحسَانِيَّةٌ، وَهِيَ أَنَّ مَن طَبَخَ لَحمَ غَيرِهِ أَو طَحَنَ حِنطَتَهُ أَو رَفَعَ جَرَّتَهُ فَانكَسَرَت أَو حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَعَطِبَت كُلُّ ذَلكَ بِغَيرِ أَمرِ المَالِكِ يَكُونُ ضَامِنًا، وَلَو وَضَعَ المَالِكُ اللَّحمَ فِي القِدرِ وَالقِدرَ عَلَى الكَانُونِ وَالحَطَبَ تَحتَهُ، أَو جَعَلَ الحِنطَةَ فِي الدَّورَقِ وَرَبَطَ الدَّابَّةَ عَلَيهِ، أَو رَفَعَ الجَرَّةَ وَأَمَالَهَا إلَى نَفسِهِ أَو حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَسَقَطَ فِي الطَّرِيقِ، فَأَوقَدَ هُوَ النَّارَ فِيهِ وَطَبَخَهُ، أَو سَاقَ الدَّابَّةَ فَطَحَنَهَا، أَو أَعَانَهُ عَلَى رَفعِ الجَرَّةِ فَانكَسَرَت فِيمَا بَينَهُمَا، أَو حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ مَا سَقَطَ فَعَطِبَت لا يَكُونُ ضَامِنًا فِي هَذِهِ الصُّوَرِ كُلِّهَا استِحسَانًا لوُجُودِ الإِذنِ دَلالَةً. إذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسأَلَةِ الكِتَابِ: ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أُضحِيَّةَ غَيرِهِ بِغَيرِ إذنِهِ صَرِيحًا فَهِيَ خِلافِيَّةُ زُفَرَ بِعَينِهَا وَيَتَأَتَّى فِيهَا القِيَاسُ وَالاستِحسَانُ كَمَا ذَكَرنَا، فَيَأخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَسلُوخَهُ مِن صَاحِبِهِ، وَلا يُضَمِّنُهُ لأَنَّهُ وَكِيلُهُ فِيمَا فَعَلَ دَلالَةً، فَإِذَا كَانَا قَد أَكَلا ثُمَّ عَلِمَا فَليُحَلِّل كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا صَاحِبَهُ وَيُجزِيهِمَا، لأَنَّهُ لَو أَطعَمَهُ فِي الابتِدَاءِ يَجُوزُ، وَإِن كَانَ غَنِيًّا فَكَذَا لَهُ أَن يُحَلِّلَهُ فِي الانتِهَاءِ وَإِن، تَشَاحَّا فَلكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يُضَمِّنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحمِهِ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِتِلكَ القِيمَةِ لأَنَّهَا بَدَلٌ عَن اللَّحمِ فَصَارَ كَمَا لَو بَاعَ أُضحِيَّتَهُ، وَهَذَا لأَنَّ التَّضحِيَةَ لَمَّا وَقَعَت عَن صَاحِبِهِ كَانَ اللَّحمُ لَهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بِعَيْنِهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ) أَيْ فِيمَا إذَا كَانَ الْمُضَحِّي فَقِيرًا (وَيُكْرَهُ أَنْ يُبْدِلَ بِهَا غَيْرَهَا) أَيْ فِيمَا إذَا كَانَ غَنِيًّا قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ:

هَكَذَا وَجَدْت بِخَطِّ شَيْخِي رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أُضْحِيَّتَهُ) يَعْنِي لَوْ بَاعَ **أُضْحِيَّتَهُ** وَاشْتَرَى **بِقِيمَتِهَا غَيْرَهَا**، فَلَوْ كَانَ غَيْرُهَا انْتَقَصَ مِنْ الْأُولَى تَصَدَّقَ بِمَا فَضَلَ عَلَى الثَّانِيَةِ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ تَصَدَّقَ بِثَمَنِهَا كُلِّهِ.

وَمَن أتلفَ لحمَ أضحيةِ غيرِهِ كانَ الحكمُ ما ذكرناهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **أَتْلَفَ لَحْمَ أُضْحِيَّةِ غَيْرِهِ**) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَإِنْ تَشَاحَّا: يَعْنِي إنْ تَشَاحَّا عَنْ التَّحْلِيلِ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتْلِفًا لَحْمَ أُضْحِيَّةِ صَاحِبِهِ. وَمَنْ أَتْلَفَ لَحْمَ أُضْحِيَّةِ صَاحِبِهِ كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ قَوْلُهُ: فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُضَمِّنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ.

(وَمَن غصبَ شاةً فضحَّى بها ضمِنَ قيمتَها وجازَ عن أضحيتِهِ) لأنَّهُ ملَكَها بسابقِ الغصبِ، بخلافِ ما لو أودعَ شاةً فضحَّى بها لأنَّهُ يُضمِّنُهُ بالذَّبحِ فلَم يَثبُت الملكُ لَهُ إلا بَعدَ الذَّبحِ، وَاللَّهُ أعلَمُ بالصواب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِسَابِقِ الْغَصْبِ) يَعْنِي فَكَانَتْ **التَّضْحِيَةُ** وَارِدَةً عَلَى مِلْكِهِ، وَهَذَا يَكْفِي فِي التَّضْحِيَةِ. لا يُقَالُ: الِاسْتِنَادُ يَظْهَرُ فِي الْقَائِمِ وَالتَّضْحِيَةُ بِالْإِرَاقَةِ وَالْإِرَاقَةُ قَدْ فَاتَتْ لِأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنْ فِعْلِ الْمُضَحِّي، لِأَنَّا نَقُولُ: الْإِرَاقَةُ لَيْسَتْ مِنْ الْمَمْلُوكِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ صِفَةً لِلشَّاةِ لِيَصِحَّ أَنْ يُقَالَ يَظْهَرُ الِاسْتِنَادُ فِيهَا أَوْ لا يَظْهَرُ، فَإِنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ فِي الشَّاةِ الْمَذْبُوحَةِ وَيَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ الْغَصْبِ فَتَكُونُ الْإِرَاقَةُ وَالتَّضْحِيَةُ وَاقِعَةً عَلَى مِلْكِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

كتاب الكراهية

قالَ ﷺ: تكلَّمُوا في معنَى المكروه. والمرويُّ عن محمَّدٍ نصًّا أنَّ كُلَّ مكروهٍ حرامٌ، إلا أنَّهُ لمَّا لم يجِد فيهِ نصًّا قاطِعًا لم يُطلق عليهِ لفظَ الحرامِ. وعن أبي حنيفةَ وأبي يُوسُفَ أنَّهُ إلى الحرامِ أقربُ، وهُوَ يشتمِلُ على فُصُولٍ منها (فصلٌ في الأكل والشُّربِ): (قالَ أبُو حنيفةَ رحِمهُ اللَّهُ: يُكرهُ لُحومُ الأُتُنِ وألبانُها وأبوالُ الإبِل. وقالَ أبُو يُوسُفَ ومُحمَّدٌ: لا بأسَ بأبوالِ الإبِلِ) وتأويلُ قولِ أبي يُوسُفَ أنَّهُ لا بأسَ بِها للتَّداوِي، وقد بيَّنَّا هذهِ الجُملةَ فيما تقدَّمَ في الصَّلاةِ والذَّبائحِ فلا نُعيدُها، واللَّبنُ مُتولِّدٌ من اللَّحمِ فأخذَ حُكمَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ): أَوْرَدَ الكَرَاهِيَةَ بَعْدَ الأُضْحِيَّةِ، لأَنَّ عَامَّةَ مَسَائِل كُلِّ وَاحِدَةٍ لَمْ تَخْلُ مِنْ مُتَأَصِّلٍ أَوْ فَرْعٍ تَرِدُ فِيهِ الكَرَاهَةُ، أَلا يُرَى أَنَّ فِي وَقْتِ **الأُضْحِيَّةِ مِنْ لَيَالِي أَيَّامِ النَّحْرِ** وَفِي **التَّصَرُّفِ فِي الأُضْحِيَّةِ بِجَزِّ الصُّوفِ وَحَلَبِ اللَّبَنِ** وَفِي إِقَامَةِ غَيْرِهِ مَقَامَهُ كَيْفَ تَحَقَّقَتْ الكَرَاهَةُ، وَفِي كِتَابِ الكَرَاهِيَةِ أَيْضًا كَذَلِكَ فَصْلٌ فِي الأَكْلِ وَالشُّرْبِ): قَوْلُهُ (وَاللَّبَنُ مُتَوَلِّدٌ مِنْ اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ) يَرِدُ عَلَيْهِ **لَبَنُ الخَيْلِ** عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ هَذَا الكِتَابِ حَيْثُ جَعَلَ لَبَنَهُ حَلالا مِمَّا لا بَأْسَ بِهِ وَأَكْلَ لَحْمِهِ مُحَرَّمًا مَعَ أَنَّ لَبَنَ الخَيْلِ مُتَوَلِّدٌ مِنْ لَحْمِهِ فَلا بُدَّ مِنْ زِيَادَةِ قَيْدٍ، وَهُوَ أَنْ يُقَالَ بَعْدَ قَوْلِهِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ فِيمَا لَمْ يَخْتَلِفْ مَا هُوَ المَطْلُوبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ تَحْرِيمِ لَحْمِهِ عَدَمُ تَقْلِيلِ آلَةِ الجِهَادِ وَلا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي اللَّبَنِ فَكَانَ شُرْبُهُ مِمَّا لا بَأْسَ بِهِ.

قالَ (ولا يجُوزُ الأكلُ والشُّربُ والادِّهانُ والتَّطيُّبُ في آنيةِ الذَّهبِ والفِضَّةِ للرِّجالِ والنِّساءِ) لقولهِ عليهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ في الَّذي يشربُ في إناءِ الذَّهبِ والفِضَّةِ «إنَّما يُجرجِرُ في بطنِهِ نارَ جهنَّمَ»[1]، «وأُتيَ أبُو هُريرةَ ﷺ بشرابٍ في إناءِ فِضَّةٍ فلم يقبلهُ وقالَ: نهانا عنهُ رسُولُ اللَّهِ ﷺ»[2]، وإذا ثبتَ هذا في الشُّربِ فكذا في الادِّهانِ ونحوِهِ؛ لأنَّهُ في معناهُ ولأنَّهُ تشبُّهٌ بزيِّ المُشركينَ وتنعُّمٌ بنعمِ المُترفينَ والمُسرفينَ، وقالَ في الجامعِ الصَّغيرِ: يُكرهُ ومُرادُهُ التَّحريمُ ويستوِي فيهِ الرِّجالُ والنِّساءُ لعُمُومِ النَّهيِ،

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة باب ٢٨، ومسلم في اللباس (١).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٥١٨/٤): غريب عن أبي هريرة.

وَكَذَلكَ الأَكلُ بِملعَقَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالاكتِحَالُ بِميل الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَكَذَا مَا أَشبَهَ ذَلك كَالمُكحُلَةِ وَالمِرآةِ وَغيرِهِمَا لِمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ ﷺ «**إِنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِه نَارَ جَهَنَّمَ**» قِيلَ مَعْنَاهُ: يُرَدِّدُ، مِنْ جَرْجَرَ الفَحْلُ: إِذَا رَدَّدَ صَوْتَهُ فِي حَنْجَرَتِه، وَنَارًا مَنْصُوبٌ عَلَى مَا هُوَ المَحْفُوظُ مِنْ الثِّقَاتِ، وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ) أَيْ لأَنَّ الادِّهَانَ مِنْ آنِيَةِ الذَّهَبِ فِي مَعْنَى الشُّرْبِ مِنْهَا، لأَنَّ كُلاًّ مِنْهُمَا اسْتِعْمَالٌ لَهَا وَالمُحَرَّمُ هُوَ الاسْتِعْمَالُ.

قِيلَ صُورَةُ الادِّهَانِ المُحَرَّمِ هُوَ أَنْ يَأْخُذَ آنِيَةَ **الذَّهَبِ أَوْ الفِضَّةِ** وَيَصُبَّ الدُّهْنَ عَلَى الرَّأْسِ، وَأَمَّا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا وَأَخَذَ الدُّهْنَ ثُمَّ صَبَّهُ عَلَى الرَّأْسِ مِنْ اليَدِ لا يُكْرَهُ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: هَكَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الذَّخِيرَةِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَأَرَى أَنَّهُ مُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ فِي المُكْحُلَة، فَإِنَّ الكُحْلَ لا بُدَّ وَأَنْ يَنْفَصِلَ عَنْهَا حِينَ الاكْتِحَالِ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ ذَكَرَهَا فِي المُحَرَّمَاتِ. المُضَبَّبُ المَشْدُودُ بِالضِّبَابِ جَمْعُ ضَبَّةٍ، وَهِيَ حَدِيدَةٌ عَرِيضَةٌ. وَالمِشْحَذُ: المِسَنُّ. وَالثُّفْرُ: مَا يُجْعَلُ تَحْتَ ذَنَبِ الدَّابَّةِ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِاستِعمَالِ آنِيَةِ الرَّصَاصِ وَالزُّجَاجِ وَالبِلَّورِ وَالعَقِيقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكرَهُ لأَنَّهُ فِي مَعنَى الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ فِي التَّفَاخُرِ بِهِ. قُلنَا: لَيسَ كَذَلكَ؛ لأَنَّهُ مَا كَانَ مِن عَادَتِهِم التَّفَاخُرُ بِغَيرِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ. قَالَ (وَيَجُوزُ الشُّربُ فِي الإِنَاءِ المُفَضَّضِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالرُّكُوبُ عَلَى السَّرجِ المُفَضَّضِ وَالجُلُوسُ عَلَى الكُرسِيِّ المُفَضَّضِ وَالسَّرِيرِ المُفَضَّضِ إِذَا كَانَ يَتَّقِي مَوضِعَ الفِضَّةِ) وَمَعنَاهُ: يَتَّقِي مَوضِعَ الفَمِ، وَقِيلَ هَذَا وَمَوضِعُ اليَدِ فِي الأَخذِ وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرجِ مَوضِعُ الجُلُوسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكرَهُ ذَلك، وَقَولُ مُحَمَّدٍ يُروَى مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُروَى مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الإِنَاءُ المُضَبَّبُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالكُرسِيُّ المُضَبَّبُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا جَعَلَ ذَلكَ فِي السَّيفِ وَالمِشحَذِ وَحَلقَةِ المِرآةِ، أَو جَعَلَ المُصحَفَ مُذَهَّبًا أَو مُفَضَّضًا، وَكَذَا الاختِلافُ فِي اللِّجَامِ وَالرِّكَابِ وَالثُّفرِ إِذَا كَانَ مُفَضَّضًا، وَكَذَا الثَّوبُ فِيهِ كِتَابَةٌ بِذَهَبٍ أَو فِضَّةٍ عَلَى هَذَا، وَهَذَا الاختِلافُ فِيمَا يَخلُصُ، فَأَمَّا التَّموِيهُ الَّذِي لا يَخلُصُ فَلا بَأسَ بِهِ بِالإِجمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ مُستَعمِلَ جُزءٍ مِن الإِنَاءِ مُستَعمِلَ جَمِيعِ الأَجزَاءِ فَيُكرَهُ، كَمَا إِذَا استَعمَلَ مَوضِعَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ ذَلكَ تَابِعٌ وَلا مُعتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ فَلا يُكرَهُ. كَالجُبَّةِ المَكفُوفَةِ بِالحَرِيرِ وَالعَلَمِ فِي الثَّوبِ وَمِسمَارِ الذَّهَبِ فِي الفَصِّ.

الشرح:

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ ذَلِكَ تَابِعٌ وَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ) حُكِيَ أَنَّ هَذه المَسْأَلَةَ وَقَعَتْ فِي دَارِ أَبِي جَعْفَرِ الدَّوَانِقِيِّ بِحَضْرَةِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَئِمَّة عَصْرِه رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَقَالَتْ الأَئِمَّةُ: يُكْرَهُ، فَقِيلَ لأَبِي حَنِيفَةَ: مَا تَقُولُ؟ فَقَالَ: إِنْ وَضَعَ فَمَه عَلَى الفضَّة يُكْرَهُ وَإِلا فَلا، فَقِيلَ لَهُ: مَا الحُجَّةُ فِيه؟ فَقَالَ: أَرَأَيْت لَوْ **كَانَ فِي أُصْبُعِه خَاتَمٌ فِضَّةٌ فَشَرِبَ مِنْ كَفِّه أَيُكْرَهُ**؟ فَوَقَفَ كُلُّهُمْ وَتَعَجَّبَ أَبُو جَعْفَرٍ.

قَالَ (وَمَنْ **أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا أَوْ خَادِمًا فَاشْتَرَى لَحْمًا فَقَالَ اشْتَرَيْته مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ** وَسِعَهُ أَكْلُهُ)؛ لأَنَّ قَوْلَ الكَافِرِ مَقْبُولٌ فِي المُعَامَلاتِ؛ لأَنَّهُ خَبَرٌ صَحِيحٌ لِصُدُورِهِ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ يُعْتَقَدُ فِيه حُرْمَةُ الكَذِبِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى قَبُوله لِكَثْرَةِ وُقُوعِ المُعَامَلاتِ (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ ذَبِيحَةَ غَيْرِ الكِتَابِيِّ وَالمُسْلِمِ؛ لأَنَّهُ لَمَّا قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الحِلِّ أَوْلَى أَنْ يَقْبَلَ فِي الحُرْمَة. قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ **يُقْبَلَ فِي الهَدِيَّة وَالإِذْنِ قَوْلُ العَبْدِ وَالجَارِيَة وَالصَّبِيِّ**)؛ لأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَؤُلاءِ، وَكَذَا لا يُمْكِنُهُمْ اسْتِصْحَابُ الشُّهُود عَلَى الإِذْنِ عِنْدَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ وَالمُبَايَعَةِ فِي السُّوقِ، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ.

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا قَالَتْ جَارِيَةٌ لِرَجُلٍ بَعَثَنِي مَوْلايَ إِلَيْك هَدِيَّةً وَسِعَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا؛ لأَنَّهُ لا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا أَخْبَرَتْ بِإِهْدَاءِ المَوْلَى غَيْرَهَا أَوْ نَفْسَهُ لِمَا قُلْنَا (قَالَ وَيُقْبَلُ **فِي المُعَامَلاتِ قَوْلُ الفَاسِقِ**، وَلا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلا قَوْلُ العَدْلِ). وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ المُعَامَلاتِ يَكْثُرُ وُجُودُهَا فِيمَا بَيْنَ أَجْنَاسِ النَّاسِ، فَلَوْ شَرَطْنَا شَرْطًا زَائِدًا يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ فَيُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهَا عَدْلا كَانَ أَوْ فَاسِقًا كَافِرًا أَوْ مُسْلِمًا عَبْدًا أَوْ حُرًّا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى دَفْعًا لِلحَرَجِ. أَمَّا الدِّيَانَاتُ فَلا يَكْثُرُ وُقُوعُهَا حَسَبَ وُقُوعِ المُعَامَلاتِ فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهَا زِيَادَةَ شَرْطٍ، فَلا يُقْبَلُ فِيهَا إِلا قَوْلُ المُسْلِمِ العَدْلِ؛ لأَنَّ الفَاسِقَ مُتَّهَمٌ وَالكَافِرَ لا يَلْتَزِمُ الحُكْمَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ المُسْلِمَ، بِخِلافِ المُعَامَلاتِ؛ لأَنَّ الكَافِرَ لا يُمْكِنُهُ المَقَامُ فِي دِيَارِنَا إِلا بِالمُعَامَلَة. وَلا يَتَهَيَّأُ لَهُ المُعَامَلَةُ إِلا بَعْدَ قَبُول قَوْله فِيهَا فَكَانَ

فِيهِ ضَرُورَةً، وَلا يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ المَسْتُورِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُقبَلُ قَولُهُ فِيهَا جَريًا عَلَى مَذهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ القَضَاءُ بِهِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ هُوَ وَالفَاسِقُ فِيهِ سَوَاءٌ حَتَّى يُعتَبَرَ فِيهِمَا أَكبَرُ الرَّأيِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا إلَخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَمَّا قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الحِلِّ) يَعْنِي فِي قَوْلِهِ وَسِعَهُ أَكْلُهُ فَإِنَّهُ يَتَضَمَّنُ الحِلَّ لا مَحَالَةَ أَوْلَى أَنْ يُقْبَلَ فِي الحُرْمَةِ، لأَنَّ الحُرْمَةَ مُرَجَّحَةٌ عَلَى الحِلِّ دَائِمًا، وَأَتَى بِرِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لأَنَّ الهَدِيَّةَ فِيهَا نَفْسُ الجَارِيَةِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَؤُلاءِ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُقْبَلُ فِيهَا) أَيْ فِي العِبَادَاتِ (قَوْلُ المَسْتُورِ) وَقَوْلُهُ (جَرْيًا عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ القَضَاءُ بِهِ) يَعْنِي إِذَا لَمْ يَطْعَنْ الخَصْمُ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَصَحُّ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ أَحَدِ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ لِيَكُونَ الخَبَرُ مُلزِمًا وَقَدْ سَقَطَ اعْتِبَارُ العَدَدِ فَبَقِيَ اعْتِبَارُ العَدَالَةِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِمَا) أَيْ فِي الفَاسِقِ وَالمَسْتُورِ إِذَا أَخْبَرَ بِنَجَاسَةِ المَاءِ (أَكْبَرُ الرَّأْيِ).

قَالَ (وَيُقبَلُ فِيهَا قَولُ العَبدِ وَالحُرِّ وَالأَمَةِ إِذَا كَانُوا عُدُولا)؛ لأَنَّ عِندَ العَدَالَةِ الصِّدقُ رَاجِحٌ وَالقَبُولُ لِرُجحَانِهِ. فَمِنَ المُعَامَلاتِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَمِنهَا التَّوكِيلُ. وَمِنَ الدِّيَانَاتِ الإِخبَارُ بِنَجَاسَةِ المَاءِ حَتَّى إِذَا أَخبَرَهُ مُسلِمٌ مَرضِيٌّ لَم يَتَوَضَّأ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ، وَلَو كَانَ المُخبِرُ فَاسِقًا أَو مَستُورًا تَحَرَّى، فَإِن كَانَ أَكبَرُ رَأيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ يَتَيَمَّمُ وَلا يَتَوَضَّأُ بِهِ، وَإِن أَرَاقَ المَاءَ ثُمَّ تَيَمَّمَ كَانَ أَحوَطَ، وَمَعَ العَدَالَةِ يَسقُطُ احتِمَالُ الكَذِبِ فَلا مَعنَى لِلاحتِيَاطِ بِالإِرَاقَةِ، أَمَّا التَّحَرِّي فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ. وَلَو كَانَ أَكبَرُ رَأيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلا يَتَيَمَّمُ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الكَذِبِ بِالتَّحَرِّي، وَهَذَا جَوَابُ الحُكمِ. فَأَمَّا فِي الاحتِيَاطِ فَيَتَيَمَّمُ بَعدَ الوُضُوءِ لِمَا قُلنَا. وَمِنهَا الحِلُّ وَالحُرمَةُ إِذَا لَم يَكُن فِيهِ زَوَالُ المِلكِ، وَفِيهَا تَفَاصِيلُ وَتَفرِيعَاتٌ ذَكَرنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُقْبَلُ فِيهَا) أَيْ فِي الدِّيَانَاتِ قَوْلُ العَبْدِ وَالحُرِّ وَالأَمَةِ، لأَنَّ خَبَرَ هَؤُلاءِ فِي أُمُورِ الدِّينِ كَخَبَرِ الحُرِّ إِذَا كَانُوا عُدُولا كَمَا فِي رِوَايَةِ الأَخْبَارِ لأَنَّهُ يَلتَزِمُ بِنَفْسِهِ أَوَّلا ثُمَّ يَتَعَدَّى مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ فَلا يَكُونُ مِنْ بَابِ الوِلايَةِ عَلَى الغَيْرِ. وَقَوْلُهُ (مَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى

الهَدِيَّةِ وَالإِذْنِ، وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ يَتَوَضَّأُ بِهِ) يَعْنِي حُكْمًا لا فِي الاحْتِيَاطِ، وَالاحْتِيَاطُ فِي التَّيَمُّمِ بَعْدَ الوُضُوءِ، وَإِنْ لَمْ يَتَرَجَّحْ أَحَدُ الوَجْهَيْنِ، قِيلَ الأَصْلُ الطَّهَارَةُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ أَمَّا التَّحَرِّي فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ فَفِيهِ احْتِمَالُ الخَطَأِ، وَقَوْلُهُ (وَمِنْهَا) أَيْ مِنْ الدِّيَانَاتِ (الحِلُّ وَالحُرْمَةُ) يُقْبَلُ فِيهِمَا خَبَرُ الوَاحِدِ العَدْلِ إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنْ زَوَالَ المِلْكِ كَالإِخْبَارِ بِحُرْمَةِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ العَدْلِ فَلا يَحِلُّ الأَكْلُ وَلا الإِطْعَامُ لأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَيَثْبُتُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ وَلا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ، لأَنَّ بُطْلانَ المِلْكِ لا يَثْبُتُ بِخَبَرِهِ. وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ الحُرْمَةِ بُطْلانُ المِلْكِ. وَأَمَّا إِذَا تَضَمَّنَ زَوَالَهُ فَلا يُقْبَلُ، كَمَا إِذَا **أَخْبَرَ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ عَدْلٌ لِلزَّوْجَيْنِ بِأَنَّهُمَا ارْتَضَعَا مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ**، بَل لا بُدَّ فِيهَا مِنْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لأَنَّ الحُرْمَةَ هَاهُنَا مَعَ بَقَاءِ النِّكَاحِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ فَكَانَ مُتَضَمِّنًا لِزَوَالِ المِلْكِ. فَإِنْ قِيلَ: قَدْ تَقَدَّمَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ لَمَّا قُبِلَ قَوْلُهُ أَيْ قَوْلُ المَجُوسِيِّ فِي الحِلِّ أَوْلَى أَنْ يُقْبَلَ فِي الحُرْمَةِ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ العَدَالَةَ فِي الخَبَرِ بِالحِلِّ وَالحُرْمَةِ غَيْرُ شَرْطٍ فَكَانَ كَلامُهُ مُتَنَاقِضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ ضِمْنِيًّا، وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا، فَلا تَنَاقُضَ لأَنَّ المُرَادَ هَاهُنَا مَا كَانَ قَصْدِيًّا.

قَالَ (وَمَن دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ أَو طَعَامٍ فَوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِبًا أَو غِنَاءً فَلا بَأسَ بِأَن يَقعُدَ وَيَأكُلَ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أُبتُلِيت بِهَذَا مَرَّةً فَصَبَرت. وَهَذَا لأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعوَةِ سُنَّةٌ. قَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن لَم يُجِب الدَّعوَةَ فَقَد عَصَى أَبَا القَاسِمِ»[1] فَلا يَترُكُهَا لِمَا اقتَرَنَ بِهَا مِن البِدعَةِ مِن غَيرِهِ، كَصَلاةِ الجِنَازَةِ وَاجِبَةُ الإِقَامَةِ وَإِن حَضَرَتهَا نِيَاحَةٌ، فَإِن قَدَرَ عَلَى المَنعِ مَنَعَهُم، وَإِن لَم يَقدِر يَصبِر، وَهَذَا إِذَا لَم يَكُن مُقتَدًى بِهِ، فَإِن كَانَ مُقتَدًى وَلَم يَقدِر عَلَى مَنعِهِم يَخرُجُ وَلا يَقعُدُ؛ لأَنَّ فِي ذَلِكَ شَينُ الدِّينِ وَفَتحُ بَابِ المَعصِيَةِ عَلَى المُسلِمِينَ، وَالمَحكِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الكِتَابِ كَانَ قَبلَ أَن يَصِيرَ مُقتَدًى بِهِ، وَلَو كَانَ ذَلِكَ عَلَى المَائِدَةِ لا يَنبَغِي أَن يَقعُدَ، وَإِن لَم يَكُن مُقتَدًى لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ [الأنعام: ١٠٦] وَهَذَا كُلُّهُ بَعدَ الحُضُورِ، وَلَو عَلِمَ قَبلَ الحُضُورِ لا يَحضُرُ؛ لأَنَّهُ لَم يَلزَمهُ حَقُّ الدَّعوَةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا

---

(١) أخرج مسلم بمعناه الصحيح في النكاح (١١٠) عن أبي هريرة مرفوعا، وانظر نصب الراية (٥٢٠/٤).

هجَمَ علَيهِ؛ لأنَّهُ قد لزمَهُ، ودَلّت المَسألَةُ علَى أنّ المَلاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ حَتَّى التَّغَنِّي بِضَربِ القَضِيبِ. وكَذَا قولُ أبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ابتُلِيت، لأنّ الابتِلاءَ بِالمُحَرَّمِ يكُونُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ دُعِيَ إلَى وَلِيمَة أَوْ طَعَام إلَخْ) **قِيلَ الوَلِيمَةُ طَعَامُ العُرْسِ** وَالغنَاءُ بالكَسْر السَّمَاعُ. قَوْلُهُ (كَصَلَاة الجَنَازَة) قِيلَ عَلَيْه إنَّهُ قِيَاسُ السُّنَّة عَلَى الفَرْضِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَقِيم فَإِنَّهُ لا يَلزَمُ مِنْ تَحَمُّل المَحْذُورِ لإقَامَة الفَرْضِ تَحَمُّلُهُ لإقَامَة السُّنَّة. وَأُجِيبَ بِأَنَّهَا سُنَّةٌ فِي قُوَّة الوَاجِبِ لوُرُود الوَعِيد عَلَى تَاركِهَا، قَالَ ﷺ «**مَنْ لَمْ يُجِبْ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا القَاسِمِ**» وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: وَجْهُ التَّشْبِيه اقْتِرَانُ العبَادَة بالبدْعَة مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ صفَة تلكَ العبَادَة. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَدَرَ عَلَى المَنْعِ مَنَعَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْدرْ يَصْبرْ) ليَكُونَ عَاملا بقَوْله ﷺ «**مَنْ رَأَى منْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بيَده**» الحَدِيثَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ عَلَى المَائدَة يَنْبَغِي أَنْ لا يَقْعُدَ) يُشِيرُ إلَى أَنَّ مَا تَقَدَّمَ إنَّمَا جَازَ إذَا كَانَ الغنَاءُ فِي ذَلكَ المَنْزِل وَلَمْ يَكُنْ عَلَى المَائدَة، لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُل تَحْتَ المَعيَّة. وَأَمَّا إذَا كَانَ عَلَى المَائدَة كَانَ قَاعدًا مَعَ القَوْمِ الظَّالمينَ وَقَوْلُهُ (وَدَلَّتْ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ المَلَاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ) لأَنَّ مُحَمَّدًا رَحمَهُ اللَّهُ أَطْلَقَ اسْمَ اللَّعب وَالغنَاء بقَوْله فَوُجدَ ثَمَّةَ اللَّعبُ وَالغنَاءُ فَاللَّعبُ وَهُوَ اللَّهْوُ حَرَامٌ. لا يُقَالُ: الحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعبٌ وَلَهْوٌ لقَوْله تَعَالَى ﴿ٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا ٱلۡحَيَوٰةُ ٱلدُّنۡيَا لَعِبٞ وَلَهۡوٞ﴾ [الحديد: ٢٠] وَالحَيَاةُ الدُّنْيَا لَيْسَتْ بحَرَام؛ لأَنَّ الحَاصلَ منْ هَذَا القيَاس بَعْضُ اللَّهْو، وَاللَّعبُ لَيْسَ بحَرَام وَهُوَ مَا اسْتَثْنَاهُ النَّبيُّ ﷺ في قَوْله «**لَهْوُ المُؤْمنِ بَاطلٌ إلا فِي ثَلاث: تَأْديبه لفَرَسه، وَرَمْيه عَنْ قَوْسه، وَمُلاعَبَته مَعَ أَهْله**». وَقَوْلُهُ (بضَرْب القَضيب) عَنَى به خَشَبَ الحَارس. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قَوْلُ أَبي حَنيفَةَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْله وَدَلَّتْ المَسْأَلَةُ.

فَصلٌ فِي اللُّبسِ

قَالَ (لا يَحِلُّ للرِّجَال لُبسُ الحَرِيرِ وَيَحِلُّ للنِّسَاءِ)؛ لأنَّ «النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن لُبسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ وَقَالَ: إنَّمَا يَلبَسُهُ مَن لا خَلاقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ»[١] وَإنَّمَا حَلَّ للنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا رَوَاهُ عِدَّةٌ من الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم مِنهُم عَلِيٌّ رضي الله عنه «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَرَجَ وَبِإحدَى يَدَيهِ حَرِيرٌ وَبِالأُخرَى ذَهَبٌ وَقَالَ: هَذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَى

---

(١) أخرجه البخاري في الجمعة باب ٧، ومسلم في اللباس (٦)، وانظر نصب الراية (٤/ ٥٢٠).

ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ لِإِنَاثِهِم» وَيُروَى «حِلٌّ لِإِنَاثِهِم»[(١)] (إلا أنَّ القَليلَ عَفوٌ وَهُوَ مِقدَارُ ثَلاثَةِ أَصَابِعَ أَو أَربَعَةٍ كَالأَعلامِ وَالمَكفُوفِ بِالحَرِيرِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن لُبسِ الحَرِيرِ إلا مَوضِعَ إِصبَعَينِ أَو ثَلاثَةٍ أَو أَربَعَةٍ»[(٢)] أَرَادَ الأَعلامَ. وَعَنهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَنَّهُ كَانَ يَلبَسُ جُبَّةً مَكفُوفَةً بِالحَرِيرِ»[(٣)].

الشرح:

(**فَصْلٌ فِي اللُّبْسِ**) لَمَّا فَرَغَ مِنْ مُقَدِّمَاتِ مَسَائِلِ الكَرَاهِيَةِ ذَكَرَ تَفْصِيلَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الإِنْسَانُ، وَقَدَّمَ اللُّبْسَ لِكَثْرَةِ الاحْتِيَاجِ إِلَيْهِ. قَالَ (لا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ **لُبْسُ الحَرِيرِ** وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ إلَخْ) لَمَّا ذَكَرَ الحُرْمَةَ وَالحِلَّ اسْتَدَلَّ عَلَى الحُرْمَةِ بِقَوْلِهِ ﷺ «**إِنَّمَا يَلبَسُهُ مَنْ لا خَلاقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ**» وَهُوَ عَامٌّ فِي الذَّكَرِ وَالأُنْثَى لَزِمَ أَنْ يَقُولَ (وَإِنَّمَا حَلَّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ) فَإِنْ قِيلَ: الحَدِيثُ الدَّالُّ عَلَى حِلِّهِ لَهُنَّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الأَوَّلِ فَيُنْسَخُ بِهِ أَوْ بَعْدَهُ فَيَتَعَارَضَانِ، لأَنَّ العَامَّ كَالخَاصِّ فِي إِفَادَةِ القَطْعِ عِنْدَنَا، أَوْ لا يُعْلَمُ التَّارِيخُ فَيُجْعَلُ المُحَرِّمُ مُتَأَخِّرًا لِئَلا يَلزَمَ النَّسْخُ مَرَّتَيْنِ. فَالجَوَابُ أَنَّهُ بَعْدَهُ بِدَلِيلِ اسْتِعْمَالِهِنَّ إِيَّاهُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَذَلِكَ آيَةٌ قَاطِعَةٌ عَلَى تَأَخُّرِهِ فَيُنْسَخُ بِهِ المُحَرِّمُ، وَتَكْرَارُ النَّسْخِ بِالدَّلِيلِ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ هَذَانِ حَرَامَانِ " إِشَارَةٌ إِلَى جُزْئِيَّيْنِ فَمِنْ أَيْنَ العُمُومُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ الجِنْسُ وَلَئِنْ كَانَ شَخْصًا فَغَيْرُهُ يَلحَقُ بِهِ بِالدَّلالَةِ.

. قَالَ (وَلا بَأسَ بِتَوَسُّدِهِ وَالنَّومِ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يُكرَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ قَولَ مُحَمَّدٍ وَحدَهُ، وَلَم يَذكُر قَولَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ وَغَيرُهُ مِن المَشَايِخِ، وَكَذَا الاختِلافُ فِي سِترِ الحَرِيرِ وَتَعلِيقِهِ عَلَى الأَبوَابِ. لَهُمَا العُمُومَاتُ، وَلأَنَّهُ مِن زِيِّ الأَكَاسِرَةِ وَالجَبَابِرَةِ وَالتَّشَبُّهُ بِهِم حَرَامٌ. وَقَالَ عُمَرُ رضي الله عنه: إِيَّاكُم وَزِيَّ الأَعَاجِمِ. وَلَهُ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ جَلَسَ عَلَى مِرفَقَةِ حَرِيرٍ»[(٤)]، وَقَد كَانَ عَلَى بِسَاطِ عَبدِ اللَّهِ بنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا مِرفَقَةُ حَرِيرٍ،

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٠٥٧)، والنسائي (٤٧٥٠)، وابن ماجه (٣٥٩٥).

(٢) أخرجه مسلم في اللباس والزينة (حديث ١٥). وانظر نصب الراية (٤/٥٢٤).

(٣) أخرجه مسلم في اللباس (حديث ١٠)، وأبو داود في اللباس باب ٩، وأحمد (/٣٤٨).

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٥٢٦): حديث غريب جدًا.

وَلأَنَّ القَليلَ مِن المَلبُوسِ مُبَاحٌ كَالأَعلامِ فَكَذَا القَليلَ مِن اللُّبسِ وَالاستِعمَال، وَالجَامِعُ كَونُهُ نَمُوذَجًا عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَالا: وَيُكْرَهُ) يَعْنِي للرَّجُل وَالمَرْأَة جميعًا، بخلاف اللُّبْس. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا العُمُومَاتُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ «نَهَى عَنْ **لُبْسِ الحَرِيرِ**» وَقَوْلُهُ «وَإِنَّمَا يَلبَسُهُ مَنْ لا خَلاقَ لَهُ فِي الآخِرَة» وَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ أَنَّهُ اسْتَقْبَلَ جَيْشًا مِنْ الغُزَاة رَجَعُوا بغَنَائِمَ وَلَبِسُوا الحَرِيرَ، فَلَمَّا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَيْهِمْ أَعْرَضَ عَنْهُمْ، فَقَالُوا: لِمَ أَعْرَضْت عَنَّا؟ قَالَ: لأَنِّي أَرَى عَلَيْكُمْ ثِيَابَ أَهْلِ النَّارِ.

وَالمِرْفَقَةُ بكَسْرِ المِيمِ: وِسَادَةُ الاتِّكَاء. وَقَوْلُهُ (وَالجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُوذَجًا) يُرِيدُ بِهِ أَنَّ المُسْتَعْمِلَ يَعْلَمُ بِهَذَا المِقْدَارِ لَذَّةَ مَا وُعِدَ لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْهُ لِيَرْغَبَ فِي تَحْصِيل سَبَبٍ يُوَصِّلُهُ إِلَيْه.

قَالَ (وَلا بَأْسَ **بِلُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ** عِنْدَهُمَا) لَمَا رَوَى الشَّعْبِيُّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَخَّصَ فِي لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ» وَلأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً فَإِنَّ الخَالِصَ مِنْهُ أَدْفَعُ لِمَعَرَّة السِّلاحِ وَأَهْيَبُ فِي عَيْنِ العَدُوِّ لبَرِيقِه (وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأَنَّهُ لا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَالضَّرُورَةُ انْدَفَعَتْ بِالمَخْلُوطِ وَهُوَ الَّذِي لُحْمَتُهُ حَرِيرٌ وَسَدَّاهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وَالمَحْظُورُ لا يُسْتَبَاحُ إلا لضَرُورَة.

وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى المَخْلُوط قَالَ (وَلا بَأْسَ **بِلُبْسِ مَا سَدَّاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ غَيْرُ حَرِيرٍ كَالقُطْنِ وَالخَزِّ فِي الحَرْبِ** وَغَيْرِه) لأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا يَلبَسُونَ الخَزَّ، وَالخَزُّ مُسْدًى بالحَرِير، وَلأَنَّ الثَّوْبَ إِنَّمَا يَصِيرُ ثَوْبًا بِالنَّسْجِ وَالنَّسْجُ بِاللُّحْمَة فَكَانَتْ هِيَ المُعْتَبَرَةُ دُونَ السَّدَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَكْرَهُ ثَوْبَ القَزِّ يَكُونُ بَيْنَ الفَرْوِ وَالظِّهَارَة، وَلا أَرَى بِحَشْوِ القَزِّ بَأْسًا؛ لأَنَّ الثَّوْبَ مَلبُوسٌ وَالحَشْوَ غَيْرُ مَلبُوس.

قَالَ (وَمَا كَانَ لُحمَتُهُ حَرِيرًا وَسَدَاهُ غَيرَ حَرِيرٍ لا بَأسَ بِهِ فِي الحَربِ) لِلضَّرُورَةِ (وَيُكرَهُ فِي غَيرِهِ) لانعِدامِهَا، وَالاعتِبَارُ لِلُّحمَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ ﷺ «**هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ**

أُمَّتِي». وَقَوْلُهُ (وَالخَزُّ مُسَدًّى بِالحَرِيرِ) قِيلَ هُوَ اسْمٌ لِثَوْبٍ سُدَاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ صُوفُ حَيَوَانٍ فِي المَاءِ. وَجُمْلَةُ وُجُوهِ هَذِهِ المَسَائِلِ ثَلاثَةٌ: الأَوَّلُ مَا يَكُونُ كُلُّهُ حَرِيرًا وَهُوَ الدِّيبَاجُ **لا يَجُوزُ لُبْسُهُ فِي غَيْرِ الحَرْبِ** بِالاتِّفَاقِ، وَأَمَّا فِي الحَرْبِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَجُوزُ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ. وَالثَّانِي مَا يَكُونُ سُدَاهُ حَرِيرًا وَلُحْمَتُهُ غَيْرَهُ فَلا بَأْسَ بِلُبْسِهِ فِي الحَرْبِ وَغَيْرِهِ، لأَنَّ الحُكْمَ إِذَا تَعَلَّقَ بِعِلَّةٍ ذَاتِ وَصْفَيْنِ يُضَافُ إِلَى آخِرِهِمَا وُجُودًا وَاللُّحْمَةُ كَذَلِكَ.

وَالثَّالِثُ عَكْسُ الثَّانِي وَهُوَ مُبَاحٌ فِي الحَرْبِ لِلضَّرُورَةِ وَهُوَ إِيقَاعُ الهَيْبَةِ فِي عَيْنِ العَدُوِّ لِبَرِيقِهِ وَدَفْعِ مَعَرَّةِ السِّلاحِ، وَلا ضَرُورَةَ فِي غَيْرِهِ فَيَكُونُ مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ الثَّوْبَ إِنَّمَا يَصِيرُ ثَوْبًا بِالنَّسْجِ وَالنَّسْجُ بِاللُّحْمَةِ.

رَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَرَى بِاللِّبَاسِ المُرْتَفِعِ جِدًّا بَأْسًا، قَالَ: «خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ وَعَلَيْهِ رِدَاءٌ قِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ. وَرُبَّمَا قَامَ إِلَى الصَّلاةِ وَعَلَيْهِ رِدَاءٌ قِيمَتُهُ أَرْبَعَةُ آلافِ دِرْهَمٍ» وَأَبُو حَنِيفَةَ كَانَ يَرْتَدِي بِرِدَاءٍ قِيمَتُهُ أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ. وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ [الأعراف: ٣٢].

قَالَ (وَلا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلا بِالفِضَّةِ) لأَنَّهَا فِي مَعْنَاهُ (إِلا بِالخَاتَمِ وَالمِنْطَقَةِ وَحِلْيَةِ السَّيْفِ مِنَ الفِضَّةِ) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى النَّمُوذَجِ، وَالفِضَّةُ أَغْنَتْ عَنِ الذَّهَبِ إِذْ هُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، كَيْفَ وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ آثَارٌ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلا يَتَخَتَّمُ إِلا بِالفِضَّةِ، وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ التَّخَتُّمَ بِالحَجَرِ وَالحَدِيدِ وَالصُّفْرِ حَرَامٌ. «وَرَأَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلَى رَجُلٍ خَاتَمَ صُفْرٍ فَقَالَ: مَالِي أَجِدُ مِنْكَ رَائِحَةَ الأَصْنَامِ.

وَرَأَى عَلَى آخَرَ خَاتَمَ حَدِيدٍ فَقَالَ: مَالِي أَرَى عَلَيْكَ حِلْيَةَ أَهْلِ النَّارِ» وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ الحَجَرَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ يَشْبُ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِحَجَرٍ، إِذْ لَيْسَ لَهُ ثِقَلُ الحَجَرِ، وَإِطْلاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ (وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ عَلَى الرِّجَالِ حَرَامٌ) لِمَا رَوَيْنَا. وَعَنْ عَلِيٍّ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَنِ التَّخَتُّمِ بِالذَّهَبِ»[1] وَلأَنَّ الأَصْلَ

---

(١) أخرجه مسلم في اللباس والزينة (حديث ٢٩)، وأبو داود (٤٠٤٤)، والترمذي (١٧٣٧).

فِيهِ التَّحرِيمُ، وَالإِبَاحَةُ ضَرُورَةُ الخَتمِ أَو النَّمُوذَجِ، وَقَد اندَفَعَت بِالأدنَى وَهُوَ الفِضَّةُ، وَالحَلقَةُ هِيَ المُعتَبَرَةُ؛ لأَنَّ قِوَامَ الخَاتَمِ بِهَا، وَلا مُعتَبَرَ بِالفَصِّ حَتَّى يَجُوزَ أَن يَكُونَ مِن حَجَرٍ وَيَجعَلَ الفَصَّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ بِخِلافِ النِّسوَانِ؛ لأَنَّهُ تَزَيُّنٌ فِي حَقِّهِنَّ، وَإِنَّمَا يَتَخَتَّمُ القَاضِي وَالسُّلطَانُ لحَاجَتِهِ إِلَى الخَتمِ، وَأَمَّا غَيرُهُمَا فَالأَفضَلُ أَن يَترُكَهُ لعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَيهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا يَجُوزُ للرِّجَال التَّحَلِّي بِالذَّهَب إلَخْ) لا يَجُوزُ للرِّجَال **التَّحَلِّي بِالذَّهَب** لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِه ﷺ «**هَذَان حَرَامَان عَلَى ذُكُور أُمَّتِي**» وَلا بِالفضَّة لأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ «**هَذَان حَرَامَان عَلَى ذُكُور أُمَّتِي**» لكَوْنه خَبَرَ الوَاحد لا يُعَارِضُ قَوْلَ اللَّه تَعَالَى ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ﴾، وَلا يُقَيِّدُهُ لأَنَّ التَّقْيِيدَ نَسْخٌ. فَالجَوَابُ أَنَّهُ مَشْهُورٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْه تَلَقَّتْهُ الأُمَّةُ بِالقَبُول فَجَازَ التَّقْيِيدُ به.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ جَاءَ فِي إبَاحَة ذَلكَ آثَارٌ) هُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ كَانَ لرَسُول اللَّه ﷺ خَاتَمُ فضَّة فَصُّهُ منْهُ وَنَقْشُهُ: مُحَمَّدٌ سَطْرٌ وَرَسُولُ سَطْرٌ وَاللَّهُ سَطْرٌ». وَعَنْ مُعَاذ رضي الله عنه «أَنَّهُ كَانَ لَهُ خَاتَمٌ منْ فضَّة وَنَقْشُهُ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّه فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: **مَا نَقْشُ خَاتَمك يَا مُعَاذُ؟** فَقَالَ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّه، فَقَالَ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **آمَنَ كُلُّ شَيْءٍ منْ مُعَاذ حَتَّى خَاتَمُهُ**، ثُمَّ اسْتَوْهَبَهُ النَّبِيُّ ﷺ منْ مُعَاذ فَوَهَبَهُ منْهُ، فَكَانَ فِي يَده ﷺ إلَى أَنْ تُوُفِّيَ. ثُمَّ كَانَ فِي يَد أَبِي بَكْرٍ رضي الله عنه إلَى أَنْ تُوُفِّيَ، ثُمَّ كَانَ فِي يَد عُمَرَ رضي الله عنه إلَى أَنْ تُوُفِّيَ، ثُمَّ كَانَ فِي يَد عُثْمَانَ رضي الله عنه حَتَّى وَقَعَ منْ يَده فِي البِئْرِ فَأَنْفَقَ مَالا عَظِيمًا فِي طَلَبه فَلَمْ يَجدْهُ» فَوَقَعَ الخلافُ وَالتَّشْوِيشُ بَيْنَهُمْ بَعْدَ ذَلكَ.

وَأَتَى بِلَفْظ الجَامعِ الصَّغِيرِ لأَدَاء الحَصْرِ فِيه (وَمنْ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ) منْهُمْ شَمْسُ الأَئمَّة السَّرَخْسِيُّ رَحمَهُ اللَّهُ فَقَالَ: الأَصَحُّ أَنَّهُ لا بَأْسَ به كَالعَقِيق فَإِنَّهُ مُبَارَكٌ تَخَتَّمَ به النَّبِيُّ ﷺ، وَلأَنَّهُ لَيْسَ بحَجَرٍ إذْ لَيْسَ لَهُ ثِقَلُ الحَجَرِ، وَإِطْلاقُ جَوَاب الكتَاب: يَعْنِي الجَامعَ الصَّغِيرَ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمه، وَلأَنَّهُ يُتَّخَذُ منْهُ الأَصْنَامُ فَأَشْبَهَ الصُّفْرَ الَّذِي هُوَ المَنْصُوصُ عَلَيْه. وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) إشَارَةٌ إلَى قَوْله " هَذَان حَرَامَان " وَمنْ النَّاسِ مَنْ جَوَّزَ **التَّخَتُّمَ بِالذَّهَب** لِمَا رُوِيَ «عَنْ البَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ رضي الله عنه أَنَّهُ لَبِسَ خَاتَمَ ذَهَبٍ وَقَالَ:

كَسَائِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ». وَلأَنَّ النَّهْيَ عَنْ اسْتِعْمَالِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ سَوَاءٌ. فَلَمَّا حَلَّ التَّخَتُّمُ بِالفِضَّةِ لِقِلَّتِهِ وَلِكَوْنِهِ نَمُوذَجًا وَجُعِلَ كَالعَلَمِ فِي الثَّوْبِ فَكَذَا فِي الآخَرِ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ مَنْسُوخٌ بِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ " وَرُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اتَّخَذَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ فَاتَّخَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ ذَهَبٍ فَرَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: **لا أَلْبَسُهُ أَبَدًا، فَرَمَاهُ النَّاسُ**» وَقَوْلُهُ (وَيُجْعَلُ الفَصُّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ) أَيْ لأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ هَكَذَا.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِمِسمَارِ الذَّهَبِ يُجعَلُ فِي حَجَرِ الفَصِّ) أَي فِي ثُقبِهِ؛ لأَنَّهُ تَابِعٌ كَالعَلَمِ فِي الثَّوبِ فَلا يُعَدُّ لابِسًا لَهُ.

قَالَ (وَلا تُشَدُّ الأَسنَانُ بِالذَّهَبِ وَتُشَدُّ بِالفِضَّةِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا بَأسَ بِالذَّهَبِ أَيضًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ مِثلَ قَول كُلٍّ مِنهُمَا. لَهُمَا «أَنَّ عَرفَجَةَ بنَ أَسعَدَ الكِنَانِيَّ أُصِيبَ أَنفُهُ يَومَ الكِلابِ فَاتَّخَذَ أَنفًا مِن فِضَّةٍ فَأَنتَن. فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِأَن يَتَّخِذَ أَنفًا مِن ذَهَبٍ»[1] وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الأَصلَ فِيهِ التَّحرِيمُ وَالإِبَاحَةَ لِلضَّرُورَةِ، وَقَد اندَفَعَت بِالفِضَّةِ وَهِيَ الأَدنَى فَبَقِيَ الذَّهَبُ عَلَى التَّحرِيمِ. وَالضَّرُورَةُ فِيمَا رُوِيَ لَم تَندَفِع فِي الأَنفِ دُونَهُ حَيثُ أَنتَنَ.

قَالَ (وَيُكرَهُ أَن يَلبَسَ الذُّكُورُ مِن الصِّبيَانِ الذَّهَبَ وَالحَرِيرَ)؛ لأَنَّ التَّحرِيمَ لَمَّا ثَبَتَ فِي حَقِّ الذُّكُورِ وَحَرُمَ اللُّبسُ حَرُمَ الإِلبَاسُ كَالخَمرِ لَمَّا حَرُمَ شُربُهَا حَرُمَ سَقيُهَا. قَالَ (وَتُكرَهُ الخِرقَةُ الَّتِي تُحمَلُ فَيُمسَحُ بِهَا العَرَقُ)؛ لأَنَّهُ نَوعُ تَجَبُّرٍ وَتَكَبُّرٍ (وَكَذَا الَّتِي يُمسَحُ بِهَا الوُضُوءَ أَو يُمتَخَطُ بِهَا) وَقِيلَ إِذَا كَانَ عَن حَاجَةٍ لا يُكرَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا يُكرَهُ إِذَا كَانَ عَن تَكَبُّرٍ وَتَجَبُّرٍ وَصَارَ كَالتَّرَبُّعِ فِي الجُلُوسِ (وَلا بَأسَ بِأَن يَربِطَ الرَّجُلُ فِي أُصبُعِهِ أَو خَاتَمِهِ الخَيطَ لِلحَاجَةِ) وَيُسَمَّى ذَلكَ الرَّتَمُ وَالرَّتِيمَةَ.

وَكَانَ ذَلكَ مِن عَادَةِ العَرَبِ. قَالَ قَائِلُهُم: لا يَنفَعَنَّكَ اليَومَ إِن هَمَّت بِهِم كَثرَةُ مَا تُوصِي وَتَعقَادُ الرَّتَمِ وَقَد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَمَرَ بَعضَ أَصحَابِهِ بِذَلكَ، وَلأَنَّهُ لَيسَ بِعَبَثٍ لِمَا فِيهِ مِن الغَرَضِ الصَّحِيحِ وَهُوَ التَّذَكُّرُ عِندَ النِّسيَانِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٢٣٢)، والترمذي في اللباس باب ٣١، والنسائي (٤٧٦٧).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلُ قَوْلِ كُلٍّ مِنْهُمَا) يَعْنِي اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، فَمِنْهُمْ مَنْ ذَكَرَ قَوْلَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَكَذَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَذَكَرَ فِي الأَمَالِي مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالكُلابُ بِضَمِّ الكَافِ وَتَخْفِيفِ اللامِ اسْمُ مَاءٍ كَانَتْ عِنْدَهُ وَقْعَةٌ لَهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) لأَنَّ عَامَّةَ المُسْلِمِينَ اسْتَعْمَلُوا هَكَذَا فِي عَامَّةِ البُلْدَانِ لِدَفْعِ الأَذَى عَنْ الثِّيَابِ النَّفِيسَةِ وَمَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَمْسَحُ وُضُوءَهُ بِالخِرْقَةِ فِي بَعْضِ الأَوْقَاتِ» فَلَمْ يَكُنْ بِدْعَةً. وَحَاصِلُهُ أَنَّ **كُلَّ مَا فُعِلَ عَلَى وَجْهِ التَّجَبُّرِ فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِدْعَةٌ**، وَمَا فُعِلَ لِحَاجَةٍ وَضَرُورَةٍ لا يُكْرَهُ، وَهُوَ نَظِيرُ التَّرَبُّعِ فِي الجُلُوسِ وَالاتِّكَاءِ. وَمَعْنَى قَوْلِ الشَّاعِرِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا خَرَجَ فِي سَفَرٍ عَمَدَ إِلَى شَجَرٍ يُقَالُ لَهُ رَتَمٌ فَشَدَّ بَعْضَ أَغْصَانِهِ بِبَعْضٍ، فَإِذَا رَجَعَ وَأَصَابَهُ عَلَى تِلْكَ الحَالَةِ قَالَ لَمْ تَخُنِّي امْرَأَتِي، وَإِنْ أَصَابَهُ وَقَدْ انْحَلَّ قَالَ خَانَتْنِي، هَكَذَا المَرْوِيُّ عَنْ الثِّقَاتِ، إِلا أَنَّ اللَّيْثَ ذَكَرَ الرَّتَمَ بِمَعْنَى الرَّتِيمَةِ وَهِيَ خَيْطُ التَّذْكِرَةِ يُعْقَدُ بِالأُصْبُعِ، وَكَذَلِكَ الرَّتَمَةُ، قَالَ الشَّاعِرُ: إِذَا لَمْ تَكُنْ حَاجَاتُنَا فِي نُفُوسِكُمْ فَلَيْسَ بِمُغْنٍ عَنْكَ عَقْدُ الرَّتَائِمِ وَالتِّعْقَادُ مَصْدَرٌ بِمَعْنَى العَقْدِ لِلمُبَالَغَةِ عَلَى وَزْنِ التِّفْعَالِ كَالتِّهْذَارِ وَالتِّلْعَابِ بِمَعْنَى الهَذَرِ وَاللَّعِبِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

فَصلٌ فِي الوَطءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمسِ

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ أَن يَنظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الأَجنَبِيَّةِ إِلا وَجهَهَا وَكَفَّيهَا) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ **[النور: ٣١] قَالَ عَلِيٌّ وَابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا: مَا ظَهَرَ مِنهَا الكُحلُ وَالخَاتَمُ[١]، وَالمُرَادُ مَوضِعُهُمَا وَهُوَ الوَجهُ وَالكَفُّ، كَمَا أَنَّ المُرَادَ بِالزِّينَةِ المَذكُورَةِ مَوضِعُهَا، وَلأَنَّ فِي إِبدَاءِ الوَجهِ وَالكَفِّ ضَرُورَةً لِحَاجَتِهَا إِلَى المُعَامَلَةِ مَعَ الرِّجَالِ أَخذًا وَإِعطَاءً وَغَيرَ ذَلِكَ، وَهَذَا تَنصِيصٌ عَلَى أَنَّهُ لا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى قَدَمِهَا. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُبَاحُ؛ لأَنَّ فِيهِ بَعضَ الضَّرُورَةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى ذِرَاعِهَا أَيضًا؛ لأَنَّهُ قَد يَبدُو مِنهَا عَادَةً قَالَ (فَإِن كَانَ لا يَأمَنُ الشَّهوَةَ لا يَنظُرُ**

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢١٥). وانظر نصب الراية (٥٣٨٩/٤).

إلَى وَجهِهَا إلا لحَاجَةٍ) لقَولهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن نَظَرَ إلَى مَحَاسِنِ امرَأَةٍ أجنَبِيَّةٍ عَن شَهوَةٍ صُبَّ فِي عَينَيهِ الآنُكُ يَومَ القِيَامَةِ»[1] فَإِذَا خَافَ الشَّهوَةَ لَم يَنظُر مِن غَيرِ حَاجَةٍ تَحَرُّزًا عَن المُحَرَّمِ. وَقَولُهُ لا يَأمَنُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يُبَاحُ إذَا شَكَّ فِي الاشتِهَاءِ كَمَا إذَا عَلِمَ أَو كَانَ أَكبَرُ رَأيِهِ ذَلِكَ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي الوَطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمْسِ) مَسَائِلُ النَّظَرِ أَرْبَعٌ: نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى المَرْأَةِ، وَنَظَرُهَا إِلَيْهِ، وَنَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَنَظَرُ المَرْأَةِ إِلَى المَرْأَةِ. وَالأُولَى عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: نَظَرُهُ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ الحُرَّةِ، وَنَظَرُهُ إِلَى مَنْ يَحِلُّ لَهُ مِنْ الزَّوْجَةِ وَالأَمَةِ، وَنَظَرُهُ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ، وَنَظَرُهُ إِلَى أَمَةِ الغَيْرِ. قَالَ (وَلا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ إِلَخْ) القِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ **نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ مِنْ قَرْنِهَا إِلَى قَدَمِهَا**، إِلَيْهِ أَشَارَ قَوْلُهُ ﷺ «**المَرْأَةُ عَوْرَةٌ مَسْتُورَةٌ**» ثُمَّ أُبِيحَ النَّظَرُ إِلَى بَعْضِ المَوَاضِعِ وَهُوَ مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ بِقَوْلِهِ (إِلا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِلحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ وَكَانَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا لِقَوْلِهِ أَرْفَقَ بِالنَّاسِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ وَفَسَّرَ ذَلِكَ عَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بِالكُحْلِ وَالخَاتَمِ، وَالمُرَادُ مَوْضِعُهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِي إِبْدَاءِ الوَجْهِ وَالكَفِّ ضَرُورَةً) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالآنُكُ: الرَّصَاصُ.

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا خَافَ الشَّهْوَةَ لَمْ يَنْظُرْ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ) لِقَوْلِهِ ﷺ لِعَلِيٍّ رضي الله عنه «**لا تُتْبِعْ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ، فَإِنَّ الأُولَى لَكَ وَالثَّانِيَةَ عَلَيْكَ**» يَعْنِي بِالثَّانِيَةِ أَنْ يُبْصِرَهَا عَنْ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ ﷺ «**أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا**»[2] أَيْ يُوَفَّقَ، قَالَهُ لِلمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ رضي الله عنه لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً

(وَلا يَحِلُّ لَهُ أَن يَمَسَّ وَجهَهَا وَلا كَفَّيهَا وَإِن كَانَ يَأمَنُ الشَّهوَةَ) لِقِيَامِ المُحَرِّمِ وَانعِدَامِ الضَّرُورَةِ وَالبَلوَى، بِخِلافِ النَّظَرِ لأَنَّ فِيهِ بَلوَى. وَالمُحَرِّمُ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن مَسَّ كَفَّ امرَأَةٍ لَيسَ مِنهَا بِسَبِيلٍ وُضِعَ عَلَى كَفِّهِ جَمرَةٌ يَومَ القِيَامَةِ» وَهَذَا إذَا كَانَت شَابَّةً تُشتَهَى، أَمَّا إذَا كَانَت عَجُوزًا لا تُشتَهَى فَلا بَأسَ بِمُصَافَحَتِهَا وَمَسِّ

---

(١) أخرجه البخاري في التعبير باب ٤٥، وأبو داود (٢٤/٥)، وانظر نصب الراية (٤/٥٤٠).

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح باب ٥، والنسائي في النكاح باب ١٧، وابن ماجه في النكاح باب ٩.

يَدِهَا لانعِدَامِ خَوفِ الفِتنَةِ.

وَقَد رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكرٍ ﷺ كَانَ يُدخِلُ بَعضَ القَبَائِلِ الَّتِي كَانَ مُستَرضَعًا فِيهِم وَكَانَ يُصَافِحُ العَجَائِزَ، وَعَبدُ اللَّهِ بنُ الزُّبَيرِ ﷺ استَأجَرَ عَجُوزًا لتُمَرِّضَهُ، وَكَانَت تَغمِزُ رِجلَيهِ وَتُفَلِّي رَأسَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ شَيخًا يَأمَنُ عَلَى نَفسِهِ وَعَلَيهَا لمَا قُلنَا، فَإِن كَانَ لا يَأمَنُ عَلَيهَا لا تَحِلُّ مُصَافَحَتُهَا لمَا فِيهِ مِن التَّعرِيضِ للفِتنَةِ. وَالصَّغِيرَةُ إِذَا كَانَت لا تُشتَهَى يُبَاحُ مَسُّهَا وَالنَّظَرُ إِلَيهَا لعَدَمِ خَوفِ الفِتنَةِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ للقَاضِي إِذَا أَرَادَ أَن يَحكُمَ عَلَيهَا وَللشَّاهِدِ إِذَا أَرَادَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عَلَيهَا النَّظَرُ إِلَى وَجهِهَا وَإِن خَافَ أَن يَشتَهِيَ) للحَاجَةِ إِلَى إِحيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ بِوَاسِطَةِ القَضَاءِ وَأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَلَكِن يَنبَغِي أَن يَقصِدَ بِهِ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ أَو الحُكمَ عَلَيهَا لا قَضَاءَ الشَّهوَةِ تَحَرُّزًا عَمَّا يُمكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنهُ وَهُوَ قَصدُ القَبِيحِ. وَأَمَّا النَّظَرُ لتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ إِذَا اشتَهَى قِيلَ يُبَاحُ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يُبَاحُ؛ لأَنَّهُ يُوجَدُ مَن لا يَشتَهِي فَلا ضَرُورَةَ، بِخِلافِ حَالَةِ الأَدَاءِ.

(وَمَن أَرَادَ أَن يَتَزَوَّجَ امرَأَةً فَلا بَأسَ بِأَن يَنظُرَ إِلَيهَا وَإِن عَلِمَ أَنَّهُ يَشتَهِيهَا) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِيهِ «أَبصِرهَا فَإِنَّهُ أَحرَى أَن يُؤدَمَ بَينَكُمَا» وَلأَنَّ مَقصُودَهُ إِقَامَةُ السُّنَّةِ لا قَضَاءُ الشَّهوَةِ.

(وَيَجُوزُ للطَّبِيبِ أَن يَنظُرَ إِلَى مَوضِعِ المَرَضِ مِنهَا) للضَّرُورَةِ (وَيَنبَغِي أَن يُعَلِّمَ امرَأَةً مُدَاوَاتَهَا) لأَنَّ نَظَرَ الجِنسِ إِلَى الجِنسِ أَسهَلُ (فَإِن لَم يَقدِرُوا يَستُرُ كُلَّ عُضوٍ مِنهَا سِوَى مَوضِعِ المَرَضِ) ثُمَّ يَنظُرُ وَيَغُضُّ بَصَرَهُ مَا استَطَاعَ؛ لأَنَّ مَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدرِهَا وَصَارَ كَنَظَرِ الخَافِضَةِ وَالخَتَّانِ.

الشرح:

(وَالخَافِضَةُ للجَارِيَةِ كَالخَاتِنِ للغُلامِ) يَعْنِي أَنَّ الخَافِضَةَ وَالخَتَّانَ يَنظُرَانِ إِلَى العَوْرَةِ لأَجْلِ الضَّرُورَةِ، لأَنَّ الخِتَانَ سُنَّةٌ فِي حَقِّ الرِّجَالِ مَكْرُمَةٌ فِي حَقِّ النِّسَاءِ فَلا يُترَكُ. وَيَجُوزُ للرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ الاحْتِقَانِ لأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ يَجُوزُ للمَرَضِ وَالهُزَالِ الفَاحِشِ لكَوْنِهِ نَوْعَ مَرَضٍ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِذَا جَازَ الاحْتِقَانُ جَازَ للحَاقِنِ النَّظَرُ إِلَى مَوْضِعِهِ.

(وَكَذَا يَجُوزُ للرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى مَوضِعِ الاحتِقَانِ مِن الرَّجُلِ) لأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ وَيَجُوزُ

للمَرَضِ وَكَذَا للهُزَالِ الفَاحِشِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لأَنَّهُ أَمَارَةُ المَرَضِ. قَالَ (وَيَنظُرُ الرَّجُلُ مِن الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلا مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكبَتِهِ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «عَورَةُ الرَّجُلِ مَا بَينَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكبَتِهِ»[1] وَيُروَى «مَا دُونَ سُرَّتِهِ حَتَّى يُجَاوِزَ رُكبَتَيهِ» وَبِهَذَا ثَبَتَ أَنَّ السُّرَّةَ لَيسَت بِعَورَةٍ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصمَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَالرُّكبَةُ عَورَةٌ خِلافًا لِمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالفَخِذُ عَورَةٌ خِلافًا لأَصحَابِ الظَّوَاهِرِ، وَمَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى مَنبَتِ الشَّعرِ عَورَةٌ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ الإِمَامُ أَبُو بَكرٍ مُحَمَّدُ بنُ الفَضلِ الكَمَارِيُّ مُعتَمِدًا فِيهِ العَادَةَ؛ لأَنَّهُ لا مُعتَبَرَ بِهَا مَعَ النَّصِّ بِخِلافِهِ، وَقَد رَوَى أَبُو هُرَيرَةَ رضي الله عنه عَن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَنَّهُ قَالَ «الرُّكبَةُ مِن العَورَةِ» وَأَبدَى الحَسَنُ بنُ عَلِيٍّ رضي الله عنه سُرَّتَهُ فَقَبَّلَهَا أَبُو هُرَيرَةَ رضي الله عنه وَقَالَ لِجَرهَدٍ: «وَارِ فَخِذَكَ، أَمَا عَلِمتَ أَنَّ الفَخِذَ عَورَةٌ؟»[2] وَلأَنَّ الرُّكبَةَ مُلتَقَى عَظمِ الفَخِذِ وَالسَّاقِ فَاجتَمَعَ المُحَرِّمُ وَالمُبِيحُ وَفِي مِثلِهِ يَغلِبُ المُحَرِّمُ، وَحُكمُ العَورَةِ فِي الرُّكبَةِ أَخَفُّ مِنهُ فِي الفَخِذِ، وَفِي الفَخِذِ أَخَفُّ مِنهُ فِي السَّوأَةِ، حَتَّى أَنَّ كَاشِفَ الرُّكبَةِ يُنكَرُ عَلَيهِ بِرِفقٍ وَكَاشِفَ الفَخِذِ يُعَنَّفُ عَلَيهِ وَكَاشِفَ السَّوءَةِ يُؤَدَّبُ إِن لَجَّ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ إِلَخْ) هَذَا هُوَ القِسْمُ الثَّانِي مِنْ أَصْلِ التَّقْسِيمِ (قَوْلُهُ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ) يَعْنِي سَعْدَ بْنَ مُعَاذٍ المَرْوَزِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السُّرَّةَ أَحَدُ حَدَّيْ العَوْرَةِ فَتَكُونُ مِنْ العَوْرَةِ كَالرُّكْبَةِ. قِيلَ عَطْفُ الشَّافِعِيِّ عَلَى أَبِي عِصْمَةَ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ لأَنَّ هَذَا التَّعْلِيلَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّ الرُّكْبَةَ عَوْرَةٌ وَهُوَ لا يَقُولُ بِهِ، وَهَذَا سَاقِطٌ لأَنَّ المُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يُعَلِّلْ بِهَذَا التَّعْلِيلِ فِي هَذَا الكِتَابِ وَإِنَّمَا ذَكَرَ المَذْهَبَ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَذْهَبُهُمَا وَاحِدًا وَالمَأْخَذُ مُتَعَدِّدًا، فَالمَذْكُورُ يَكُونُ تَعْلِيلا لأَبِي عِصْمَةَ وَتَعْلِيلُ الشَّافِعِيِّ غَيْرُ ذَلِكَ وَهُوَ أَنَّ السُّرَّةَ مَحَلُّ الاشْتِهَاءِ، وَالرُّكْبَةُ عَوْرَةٌ خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ اسْتِدْلالا بِالغَايَةِ فَإِنَّهَا لا تُدْخِلُ المُغَيَّا.

وَالفَخِذُ عَوْرَةٌ خِلافًا لأَهْلِ الظَّاهِرِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ العَوْرَةُ هِيَ السَّوْءَةُ دُونَ مَا

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٥٤٣): غريب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠١٤)، والترمذي (حديث ٢٧٩٥). وانظر نصب الراية (٤/٥٤٤).

عَدَاهَا لقَوْلِه تَعَالَى ﴿ فَبَدَتْ لَهُمَا سَوْءَاتُهُمَا ﴾ [طه: ١٢١] وَالْمُرَادُ بِه العَوْرَةُ، وَمَا دُونَ السُّرَّة إِلَى مَنْبَت الشَّعْرِ عَوْرَةٌ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ الإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْلِ الكَمَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مُعْتَمِدًا فِيه عَلَى العَادَة (قَوْلُهُ لأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِهَا) أَيْ بِالعَادَة (مَعَ وُجُود النَّصِّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْل مُحَمَّد بْنِ الفَضْل مُتَعَلِّقًا بِقَوْله وَمَا دُونَ السُّرَّة إِلَى مَنْبَت الشَّعْرِ عَوْرَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْل الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَدَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الرُّكْبَةَ عَوْرَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَبْدَى الحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلَ أَبِي عِصْمَةَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَالَ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِجَرْهَد) جَوَابٌ عَنْ قَوْل أَهْل الظَّاهِرِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الرُّكْبَةَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى كَوْنِ الرُّكْبَة عَوْرَةً، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَمَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَيهِ للرَّجُل مِن الرَّجُل يُبَاحُ المَسُّ) لأَنَّهُمَا فِيمَا لَيسَ بِعَورَةٍ سَوَاءٌ. قَالَ (وَيَجُوزُ للمَرأَةِ أَن تَنظُرَ مِن الرَّجُل إِلَى مَا يَنظُرُ الرَّجُلُ إِليهِ مِنهُ إِذَا أَمِنَت الشَّهوَةَ) لاستِوَاءِ الرَّجُل وَالمَرأَةِ فِي النَّظَرِ إِلَى مَا لَيسَ بِعَورَةٍ كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ. وَفِي كِتَابِ الخُنثَى مِن الأَصل: أَنَّ نَظَرَ المَرأَةِ إِلَى الرَّجُل الأَجنَبِيِّ بِمَنزِلَةِ نَظَرِ الرَّجُل إِلَى مَحَارِمِه؛ لأَنَّ النَّظَرَ إِلَى خِلافِ الجِنسِ أَغلَظُ، فَإِن كَانَ فِي قَلبِهَا شَهوَةٌ أَو أَكبَرُ رَأيِهَا أَنَّهَا تَشتَهِي أَو شَكَّت فِي ذَلكَ يُستَحَبُّ لَهَا أَن تَغُضَّ بَصَرَهَا، وَلَو كَانَ النَّاظِرُ هُوَ الرَّجُلُ إِليهَا وَهُوَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَم يَنظُر، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى التَّحرِيمِ.

وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ الشَّهوَةَ عَلَيهِنَّ غَالِبَةٌ وَهُوَ كَالمُتَحَقِّقِ اعتِبَارًا، فَإِذَا اشتَهَى الرَّجُلُ كَانَت الشَّهوَةُ مَوجُودَةً فِي الجَانِبَين، وَلا كَذَلكَ إِذَا اشتَهَت المَرأَةُ؛ لأَنَّ الشَّهوَةَ غَيرُ مَوجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً وَاعتِبَارًا فَكَانَت مِن جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَالمُتَحَقِّقُ مِن الجَانِبَينِ فِي الإِفضَاءِ إِلَى المُحَرَّمِ أَقوَى مِن المُتَحَقِّقِ فِي جَانِبٍ وَاحِدٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمَا) أَيْ لأَنَّ النَّظَرَ وَالْمَسَّ فِيمَا لَيْسَ بِعَوْرَة سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (**وَيَجُوزُ** للمَرْأَة أَنْ تَنْظُرَ مِنْ الرَّجُل إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْه مِنْهُ) عَكْسُ هَذَا القِسْمِ الَّذِي نَحْنُ فِيه. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الفَرْق) أَيْ فَرْق مَا ذُكِرَ فِي الأَصْل مِنْ جَعْل عَدَمِ نَظَرِهَا إِلَيْه مُسْتَحَبًّا وَعَدَمُ نَظَرِه إِلَيْهَا وَاجِبًا هُوَ أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِنَّ غَالبَةٌ وَالغَالبُ كَالْمُتَحَقِّق غَالبًا أَلا

تَرَى أَنَّ وُجُوبَ العَمَلِ بِخَبَرِ الوَاحِدِ وَالقِيَاسِ بِسَبَبِ غَلَبَةِ الصِّدْقِ وَغَلَبَةِ الصِّحَّةِ لا بِحَقِيقَتِهِمَا، وَأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ جَوَّزَ الصَّلاةَ فِي السَّفِينَةِ قَاعِدًا لأَنَّ دُوَارَ الرَّأْسِ فِيهَا غَالِبٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، فَإِذَا نَظَرَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا مُشْتَهِيًا وُجِدَتْ الشَّهْوَةُ فِي الجَانِبَيْنِ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً لأَنَّهُ هُوَ المَفْرُوضُ، وَفِي جَانِبِهَا اعْتِبَارًا لِقِيَامِ الغَلَبَةِ مَقَامَ الحَقِيقَةِ، وَإِذَا نَظَرَتْ إِلَيْهِ مُشْتَهِيَةً لَمْ تُوجَدْ الشَّهْوَةُ مِنْ جَانِبِهِ حَقِيقَةً لأَنَّ الفَرْضَ أَنَّهُ لَمْ يَنْظُرْ، وَلا اعْتِبَارَ لِعَدَمِ الغَلَبَةِ فَكَانَتْ الشَّهْوَةُ مِنْ جَانِبِهَا فَقَطْ، وَالمُتَحَقِّقُ مِنْ الجَانِبَيْنِ فِي الإِفْضَاءِ إِلَى المُحَرَّمِ أَقْوَى مِنْ المُتَحَقِّقِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ لا مَحَالَةَ.

قَالَ (وَتَنظُرُ المَرأَةُ مِن المَرأَةِ إِلَى مَا يَجُوزُ للرَّجُل أَن يَنظُرَ إِليَهِ مِن الرَّجُل) لوُجُودِ المُجانَسَةِ، وَانعِدَامِ الشَّهوَةِ غَالبًا كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُل إِلَى الرَّجُل، وَكَذَا الضَّرُورَةُ قَد تَحَقَّقَت إِلَى الانكِشَافِ فِيمَا بَينَهُنَّ.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ نَظَرَ المَرأَةِ إِلَى المَرأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُل إِلَى مَحَارِمِهِ، بِخِلافِ نَظَرِهَا إِلَى الرَّجُل؛ لأَنَّ الرِّجَالَ يَحتَاجُونَ إِلَى زِيَادَةِ الانكِشَافِ للاشتِغَال بِالأَعمَال. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

قَالَ (وَتَنْظُرُ المَرْأَةُ مِنْ المَرْأَةِ إلَخْ) هَذَا هُوَ القِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ أَصْلِ التَّقْسِيمِ: **مَا جَازَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ الرَّجُلِ جَازَ لِلمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ المَرْأَةِ** لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ وَعَدَمِ الشَّهْوَةِ غَالِبًا، وَالغَالِبُ كَالمُتَحَقِّقِ كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ. وَالضَّرُورَةُ إِلَى الانْكِشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ مُتَحَقِّقَةٌ.

قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: أَيْ فِي الحَمَّامِ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَنْ أَنَّهُنَّ لا يُمْنَعْنَ عَنْ الدُّخُولِ فِي الحَمَّامِ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ بَعْضُ النَّاسِ. لأَنَّ العُرْفَ الظَّاهِرَ فِي جَمِيعِ البُلْدَانِ بِبِنَاءِ الحَمَّامَاتِ لِلنِّسَاءِ وَتَمْكِينِهِنَّ مِنْ دُخُولِ الحَمَّامَاتِ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ مَا قُلْنَا. وَحَاجَةُ النِّسَاءِ إِلَى دُخُولِ الحَمَّامَاتِ فَوْقَ حَاجَةِ الرِّجَالِ، لأَنَّ المَقْصُودَ تَحْصِيلُ الزِّينَةِ وَالمَرْأَةُ إِلَى هَذَا أَحْوَجُ مِنْ الرَّجُلِ، وَيَتَمَكَّنُ الرَّجُلُ مِنْ الاغْتِسَالِ فِي الأَنْهَارِ وَالحِيَاضِ وَالمَرْأَةُ لا تَتَمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ.

إِلَى هَذَا أَشَارَ فِي المَبْسُوطِ. وَقَوْلُهُ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ: يَعْنِي لا يَنْظُرُ إِلَى

ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا وَفَخِذِهَا كَمَا سَيَأْتِي. قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ) لأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ أَخَفُّ.

قَالَ (وَيَنظُرُ الرَّجُلُ مِن أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَزَوجَتِهِ إِلَى فَرجِهَا) وَهَذَا إطلاقٌ فِي النَّظَرِ إِلَى سَائِرِ بَدَنِهَا عَن شَهوَةٍ وَغَيرِ شَهوَةٍ. وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «غُضَّ بَصَرَك إلا عَن أَمَتِك وَامرَأَتِك»[1] وَلأَنَّ مَا فَوقَ ذَلكَ مِن المَسِّ وَالغَشَيَانِ مُبَاحٌ فَالنَّظَرُ أَولَى، إلا أَنَّ الأَولَى أَن لا يَنظُرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا إِلَى عَورَةِ صَاحِبِهِ لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إِذَا أَتَى أَحَدُكُم أَهلَهُ فَليَستَتِر مَا استَطَاعَ وَلا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرُّدَ العِيرِ»[2] وَلأَنَّ ذَلكَ يُورِثُ النِّسيَانَ لوُرُودِ الأَثَرِ.

وَكَانَ ابنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا يَقُولُ: الأَولَى أَن يَنظُرَ ليَكُونَ أَبلَغَ فِي تَحصِيلِ مَعنَى اللَّذَّةِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ إِلَخْ) هَذَا هُوَ القِسْمُ الثَّانِي مِنْ أَقْسَامِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى المَرْأَةِ، وَالتَّسَامُحُ فِي رِعَايَةِ التَّرْتِيبِ فِي كَلامِ المُصَنِّفِ ظَاهِرٌ، وَقَيَّدَهُ بِقَوْلِهِ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ، لأَنَّ حُكْمَ أَمَتِهِ المَجُوسِيَّةِ وَالَّتِي هِيَ أُخْتُهُ مِنْ الرَّضَاعِ حُكْمُ أَمَةِ الغَيْرِ فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا، لأَنَّ إِبَاحَةَ النَّظَرِ إِلَى جَمِيعِ البَدَنِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى حِلِّ الوَطْءِ فَتَنْتَفِي بِانْتِفَائِهِ.

وَالعِيرُ: هُوَ الحِمَارُ الوَحْشِيُّ. وَخَصَّهُ بِالذِّكْرِ لأَنَّ للأَهْلِيِّ نَوْعُ سَتْرٍ مِنْ الأَقْتَابِ وَالثُّفْرِ. وَقَدْ قِيلَ هُوَ الأَهْلِيُّ أَيْضًا. وَقَوْلُ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: الأَوْلَى أَنْ يَنْظُرَ: يَعْنِي وَقْتَ الوِقَاعِ. رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الأَمَالِي قَالَ: سَأَلت أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ الرَّجُلِ **يَمَسُّ فَرْجَ امْرَأَتِه أَوْ تَمَسُّ هِيَ فَرْجَهُ لِيَتَحَرَّكَ عَلَيْهَا هَل تَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا؟** قَالَ لا، أَرْجُو أَنْ يَعْظُمَ الأَجْرُ.

قَالَ (**وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِه** إِلَى الوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالعَضُدَيْنِ. وَلا يَنْظُرُ إِلَى ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا وَفَخِذِهَا). وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُه تَعَالَى ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ [النور: ٣١]، وَالمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعُ الزِّينَةِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٠١٧)، والترمذي (٢٧٦٩)، وابن ماجه (١٩٢٠).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٩١٢). وانظر نصب الراية (٤/٥٤٨).

وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ السَّاعِدُ وَالأُذُنُ وَالعُنُقُ وَالقَدَمُ؛ لأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ الزِّينَة، بِخلافِ الظَّهْرِ وَالبَطْنِ وَالفَخِذِ؛ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ مَوَاضِعِ الزِّينَة، وَلأَنَّ البَعْضَ يَدْخُلُ عَلَى البَعْضِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَاحْتِشَامٍ وَالمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا عَادَةً، فَلَوْ حَرُمَ النَّظَرُ إِلَى هَذِهِ المَوَاضِعِ أَدَّى إِلَى الحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلحُرْمَةِ المُؤَبَّدَةِ فَقَلَّمَا تُشْتَهَى، بِخلافِ مَا وَرَاءَهَا، لأَنَّهَا لا تَنْكَشِفُ عَادَةً. وَالمَحْرَمُ مَنْ لا تَجُوزُ المُنَاكَحَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا عَلَى التَّأْبِيدِ بِنَسَبٍ كَانَ أَوْ بِسَبَبٍ كَالرَّضَاعِ وَالمُصَاهَرَةِ لِوُجُودِ المَعْنَيَيْنِ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ المُصَاهَرَةُ بِنِكَاحٍ أَوْ سِفَاحٍ فِي الأَصَحِّ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِأَن يَمَسَّ مَا جَازَ أَن يَنظُرَ إِلَيهِ مِنهَا) لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ فِي المُسَافَرَةِ وَقِلَّةِ الشَّهوَةِ لِلمَحرَمِيَّةِ، بِخِلافِ وَجهِ الأَجنَبِيَّةِ وَكَفَّيهَا حَيثُ لا يُبَاحُ المَسُّ وَإِن أُبِيحَ النَّظَرُ؛ لأَنَّ الشَّهوَةَ مُتَكَامِلَةٌ (إِلا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيهَا أَو عَلَى نَفسِهِ الشَّهوَةَ) فَحِينَئِذٍ لا يَنظُرُ وَلا يَمَسُّ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «العَينَانِ تَزنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَاليَدَانِ تَزنِيَانِ وَزِنَاهُمَا البَطشُ»[1]، وَحُرمَةُ الزِّنَا بِذَوَاتِ المَحَارِمِ أَغلَظُ فَيُجتَنَبُ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إلَخْ) هَذَا هُوَ القِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ ذَلِكَ **نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالعَضُدَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ** جَائِزٌ دُونَ بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا وَفَخِذِهَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي القَدِيمِ: لا بَأْسَ بِذَلِكَ، جَعَلَ حَالَهَا كَحَالِ الجِنْسِ فِي النَّظَرِ، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِحُكْمِ الظِّهَارِ فَإِنَّهُ ثَابِتٌ إِذَا قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَلَوْ كَانَ النَّظَرُ إِلَيْهِ حَلالا لَمَا كَانَ ظِهَارًا لأَنَّ الظِّهَارَ تَشْبِيهُ المُحَلَّلَةِ بِالمُحَرَّمَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَصْلُ فِيهِ) أَيْ فِي جَوَازِ مَا جَازَ وَعَدَمِ جَوَازِ مَا لَمْ يَجُزْ عَلَى تَأْوِيلِ المَذْكُورِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ وَالمُرَادُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَوَاضِعُ الزِّينَةِ، ذَكَرَ الحَالَّ وَأَرَادَ المَحَلَّ مُبَالَغَةً فِي النَّهْيِ عَنْ الإِبْدَاءِ، لأَنَّ إِبْدَاءَ مَا كَانَ مُنْفَصِلا إِذَا كَانَ مَنْهِيًّا عَنْهُ فَإِبْدَاءُ المُتَّصِلِ أَوْلَى، وَذَلِكَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا ٱلۡقَلَٰٓئِدَ﴾ [المائدة: ٢] فِي حُرْمَةِ تَعَرُّضِ مَحَلِّهَا. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ) يُرِيدُ بِهِ الوَجْهَ إِلَى آخِرِهِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ: أَيْ فِي مَوَاضِعِ الزِّينَةِ المَدْلُولِ عَلَيْهَا بِالزِّينَةِ السَّاعِدُ وَالأُذُنُ

---

(١) أخرجه مسلم في القدر (حديث ٢١)، وأبو داود (٢١٥٣).

وَالعُنُقَ وَالقَدَمُ، لأَنَّ كُلَّ ذَلكَ مَوْضِعُ الزِّينَةِ؛ أَمَّا الرَّأْسُ فَلأَنَّهُ مَوْضِعُ التَّاجِ وَالإِكْلِيلِ، وَالشَّعْرُ مَوْضِعُ العِقَاصِ، وَالعُنُقُ مَوْضِعُ القِلادَةِ وَالصَّدْرُ كَذَلكَ، وَالأُذُنُ مَوْضِعُ القُرْطِ، وَالعَضُدُ مَوْضِعُ الدُّمْلُجِ، وَالسَّاعِدُ مَوْضِعُ السِّوَارِ، وَالكَفُّ مَوْضِعُ الخَاتَمِ، وَالخِضَابِ وَالسَّاقُ مَوْضِعُ الخَلْخَالِ، وَالقَدَمُ مَوْضِعُ الخِضَابِ، بِخِلافِ الظَّهْرِ وَالفَخِذِ وَالبَطْنِ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مَوَاضِعَ الزِّينَةِ، وَبَاقِي كَلامِهِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِوُجُودِ المَعْنَيَيْنِ) يَعْنِي الضَّرُورَةَ وَقِلَّةَ الرَّغْبَةِ فِيهِ: أَيْ فِي المُحَرَّمِ. وَقَوْلُهُ فِي الأَصَحِّ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ أَوْ سِفَاحٍ، لأَنَّ اخْتِلافَ المَشَايِخِ فِي المُصَاهَرَةِ بِالزِّنَا لا فِيهَا بِالنِّكَاحِ، فَإِنَّ بَعْضَ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَالَ: لا يَثْبُتُ حِلُّ المَسِّ وَالنَّظَرِ بِالمُصَاهَرَةِ سِفَاحًا، لأَنَّ ثُبُوتَ الحُرْمَةِ بِطَرِيقِ العُقُوبَةِ عَلَى الزَّانِي لا بِطَرِيقِ النِّعْمَةِ، لأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ خِيَانَتُهُ مَرَّةً لا يُؤْتَمَنُ ثَانِيًا. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَلا وَجْهَ لِقَوْلِهِ ثُبُوتُ الحُرْمَةِ بِطَرِيقِ العُقُوبَةِ لأَنَّهَا تَثْبُتُ بِاعْتِبَارِ كَرَامَةِ الوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ (قَالَ: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا لِوُجُودِ المُقْتَضِي لِلإِبَاحَةِ) وَهُوَ الحَاجَةُ إِلَى ذَلِكَ فِي المُسَافَرَةِ وَانْتِفَاءِ المَانِعِ وَهُوَ وَفُورُ الشَّهْوَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهَا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلا بَأْسَ.

(وَلا بَأسَ بِالخَلوَةِ وَالمُسَافَرَةِ بِهِنَّ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُسَافِرِ المَرَأةُ فَوقَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا إِلا وَمَعَهَا زَوجُهَا أَو ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهَا»[١] وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَلا لا يَخلُوَنَّ رَجُلٌ بِامرَأَةٍ لَيسَ مِنهَا بِسَبِيلٍ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيطَانُ»[٢] وَالمُرَادُ إِذَا لَم يَكُن مَحرَمًا، فَإِن احتَاجَ إِلَى الإِركَابِ وَالإِنزَالِ فَلا بَأسَ بِأَن يَمَسَّهَا مِن وَرَاءِ ثِيَابِهَا وَيَأخُذَ ظَهرَهَا وَبَطنَهَا دُونَ مَا تَحتَهُمَا إِذَا أَمِنَا الشَّهوَةَ، فَإِن خَافَهَا عَلَى نَفسِهِ أَو عَلَيهَا تَيَقُّنًا أَو ظَنًّا أَو شَكًّا فَلْيَجتَنِب ذَلكَ بِجَهدِهِ، ثُمَّ إِن أَمكَنَهَا الرُّكُوبَ بِنَفسِهَا يَمتَنِعُ عَن ذَلكَ أَصلا، وَإِن لَم يُمكِنهَا يَتَكَلَّفُ بِالثِّيَابِ كَي لا تُصِيبَهُ حَرَارَةُ عُضوِهَا، وَإِن لَم يَجِدِ الثِّيَابَ يَدفَعُ الشَّهوَةَ عَن قَلبِهِ بِقَدرِ الإِمكَانِ.

الشرح:

وَكَلِمَةُ فَوْقَ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**فَوْقَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ**» صِلَةٌ، لأَنَّ حُرْمَةَ

---

(١) أخرجه مسلم في الحج (٤١٦، ٤١٧)،، وانظر نصب الراية (٥٥١/٤).
(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٥٢/٤): غريب بهذا اللفظ.

المُسَافَرَة ثَابتَةٌ فِي ثَلاثَة أَيَّام أَيْضًا فكَانَ كَقَوْله تَعَالَى ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ ﴾ [النساء: ١١] وَإِذَا جَازَتْ المُسَافَرَةُ بِهِنَّ جَازَتْ الخَلوَةُ بِهِنَّ لأَنَّ فِي المُسَافَرَة خَلوَةً. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ احْتَاجَ إِلَى الإِرْكَاب) أَيْ إِرْكَاب ذَوَات المَحَارِم، وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ أَنْ **لا يَجُوزَ مَسٌّ مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَيْه** لأَنَّ المَسَّ فَوْقَ النَّظَر، لَكنَّهُ جَازَ " لأَنَّ «النَّبيَّ ﷺ كَانَ يُقَبِّلُ رَأْسَ فَاطمَةَ رَضيَ اللَّهُ عَنْهَا وَيَقُولُ: **أَجِدُ منْهَا رِيحَ الجَنَّة**» وَكَانَ ذَلكَ لا عَنْ شَهْوَة قَطْعًا، فَيَجُوزُ المَسُّ مَعَ الاتِّقَاء عَنْ الشَّهْوَة مَا أَمْكَنَ.

قَالَ (**وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ منْ مَمْلُوكَة غَيْره** إِلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْه منْ ذَوَات مَحَارِمه) لأَنَّهَا تَخْرُجُ لحَوَائج مَوْلاهَا وَتَخْدُمُ أَضْيَافَهُ وَهيَ فِي ثيَاب مهْنَتهَا، فَصَارَ حَالُهَا خَارجَ البَيْت فِي حَقِّ الأَجَانب كَحَال المَرْأَة دَاخلَهُ فِي حَقِّ مَحَارِمه الأَقَارب. وَكَانَ عُمَرُ ﷺ إذَا رَأَى جَاريَةً مُتَقَنِّعَةً عَلاهَا بالدِّرَّة وَقَالَ: أَلقي عَنْك الخمَارَ يَا دَفَارُ أَتَتَشَبَّهينَ بالحَرَائر وَلا يَحلُّ النَّظَرُ إِلَى بَطْنهَا وَظَهْرِهَا خلافًا لمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتلٍ أَنَّهُ يُبَاحُ إلا إِلَى مَا دُونَ السُّرَّة إِلَى الرُّكْبَة؛ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ كَمَا فِي المَحَارِم، بَل أَوْلَى لقلَّة الشَّهْوَة فيهنَّ وَكَمَالهَا فِي الإِمَاء.

وَلَفْظَةُ المَمْلُوكَة تَنْتَظمُ المُدَبَّرَةَ وَالمُكَاتَبَةَ وَأُمَّ الوَلَد لتَحَقُّق الحَاجَة، وَالمُسْتَسْعَاةُ كَالمُكَاتَبَة عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَأَمَّا الخَلوَةُ بهَا وَالمُسَافَرَةُ مَعَهَا فَقَدْ قيلَ يُبَاحُ كَمَا فِي المَحَارِم، وَقَدْ قيلَ لا يُبَاحُ لعَدَم الضَّرُورَة فيهنَّ، وَفِي الإِرْكَاب وَالإِنْزَال اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْل الضَّرُورَةَ فيهنَّ وَفِي ذَوَات المَحَارِم مُجَرَّدَ الحَاجَة. قَالَ (وَلا بَأْسَ بأَنْ يَمَسَّ ذَلكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) كَذَا ذَكَرَهُ فِي المُخْتَصَر، وَأَطْلَقَ أَيْضًا فِي الجَامع الصَّغير وَلَمْ يُفَصِّل.

قَالَ مَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُبَاحُ النَّظَرُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ وَإِن اشتَهَى للضَّرُورَةِ، وَلا يُبَاحُ المَسُّ إِذَا اشتَهَى أَو كَانَ أَكبَرُ رَأيِهِ ذَلكَ؛ لأَنَّهُ نَوعُ استِمتَاعٍ، وَفِي غَيرِ حَالَةِ الشِّرَاءِ يُبَاحُ النَّظَرُ وَالمَسُّ بِشَرطِ عَدَمِ الشَّهوَةِ. قَالَ (وَإِذَا حَاضَت الأَمَةُ لَم تَعرِض فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ) وَمَعنَاهُ بَلَغَت، وَهَذَا مُوَافِقٌ لمَا بَيَّنَّا أَنَّ الظَّهرَ وَالبَطنَ مِنهَا عَورَةٌ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهَا إِذَا كَانَت تُشتَهَى وَيُجَامَعُ مِثلُهَا فَهِيَ كَالبَالغَةِ لا تَعرِضُ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لوُجُودِ الاشتِهَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ منْ مَمْلُوكَة غَيْرِه إلَخْ) هَذَا آخرُ الأَقْسَام منْ ذَلكَ وَكَلامُهُ

وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ عَلاهَا: أَيْ ضَرَبَ عِلاوَتَهَا وَهِيَ رَأْسُهَا بِالدِّرَّةِ. وَقَوْلُهُ (خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُبَاحُ إلا إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ) وَجْهُهُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: **وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَلْيَنْظُرْ إِلَيْهَا إلا فِي مَوْضِعِ المِئْزَرِ**. وَتَعَامُلُ أَهْلِ الحَرَمَيْنِ وَوَجْهُ العَامَّةِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الخَلْوَةُ بِهَا وَالمُسَافَرَةُ مَعَهَا) يَعْنِي إِذَا أَمِنَ بِذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَيْهَا فَقَدْ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ: فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَحِلُّ وَاعْتَبَرَهَا بِالمَحَارِمِ وَإِلَيْهِ مَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقِيلَ لا يَحِلُّ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ وَإِلَيْهِ مَالَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الإِرْكَابِ وَالإِنْزَالِ اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ) يَعْنِي الَّتِي لا مَدْفَعَ لَهَا (وَفِي المَحَارِمِ مُجَرَّدُ الحَاجَةِ) أَيْ نَفْسُ الحَاجَةِ لا الضَّرُورَةُ.

وَقَوْلُهُ (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ) أَيْ المَوَاضِعَ الَّتِي يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا (إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ كَذَا فِي المُخْتَصَرِ وَأَطْلَقَ فِي الجَامِعِ) لَفْظُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَالَ: **رَجُلٌ أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً** لا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ سَاقَهَا وَذِرَاعَيْهَا وَصَدْرَهَا وَيَنْظُرَ إِلَى صَدْرِهَا وَسَاقِهَا مَكْشُوفَيْنِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَالخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ كَالفَحلِ) لِقَولِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا: الخِصَاءُ مِثلَهُ فَلا يُبِيحُ مَا كَانَ حَرَامًا قَبلَهُ وَلأَنَّهُ فَحلٌ يُجَامِعُ. وَكَذَا المَجبُوبُ؛ لأَنَّهُ يَسحَقُ وَيُنزِلُ، وَكَذَا المُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِن الأَفعَالِ؛ لأَنَّهُ فَحلٌ فَاسِقٌ.

وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُؤخَذُ فِيهِ بِمُحكَمِ كِتَابِ اللَّهِ المُنَزَّلِ فِيهِ، وَالطِّفلُ الصَّغِيرُ مُستَثنَى بِالنَّصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا **المُخَنَّثُ** فِي الرَّدِيءِ مِنْ الأَفْعَالِ) يَعْنِي مَنْ يُمَكِّنُ غَيْرَهُ مِنْ نَفْسِهِ، احْتِرَازًا عَنْ المُخَنَّثِ الَّذِي فِي أَعْضَائِهِ لِينٌ وَتَكَسُّرٌ بِأَصْلِ الخِلْقَةِ وَلا يَشْتَهِي النِّسَاءَ فَإِنَّهُ رَخَّصَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي تَرْكِ مِثْلِهِ مَعَ النِّسَاءِ اسْتِدْلالا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ قِيلَ هُوَ المُخَنَّثُ الَّذِي لا يَشْتَهِي النِّسَاءَ، وَقِيلَ هُوَ المَجْبُوبُ الَّذِي جَفَّ مَاؤُهُ، وَقِيلَ المُرَادُ بِهِ الأَبْلَهُ الَّذِي لا يَدْرِي مَا يَصْنَعُ بِالنِّسَاءِ إِنَّمَا هَمُّهُ بَطْنُهُ وَفِيهِ كَلامٌ فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ شَابًّا يُنَحَّى عَنْ النِّسَاءِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ إِذَا كَانَ شَيْخًا

كَبِيرًا مَاتَتْ شَهْوَتُهُ.

وَالأَصَحُّ أَنْ نَقُولَ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ ﴾ مِنْ الْمُتَشَابِهَات وَقَوْله تَعَالَى ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ ﴾ [النور: ٣٠] مُحْكَمٌ نَأْخُذُ بِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ فَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى الْمُنَزَّل فِيهِ (وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَثْنًى بِالنَّصِّ) وَهُوَ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النور: ٣١] أَيْ لَمْ يَطَّلِعُوا: أَيْ لا يَعْرِفُونَ العَوْرَةَ وَلا يُمَيِّزُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ للمَملُوكِ أَن يَنظُرَ مِن سَيِّدَتِهِ إلا مَا يَجُوزُ للأَجنَبِيِّ النَّظَرُ إليهِ مِنهَا). وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ كَالمَحرَمِ، وَهُوَ أَحَدُ قَولَي الشَّافِعِيِّ لقَولِهِ تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ ﴾ **وَلأَنَّ الحَاجَةَ مُتَحَقِّقَةٌ لدُخُولِهِ عَلَيهَا مِن غَيرِ استِئذَانٍ. وَلَنَا أَنَّهُ فَحلٌ غَيرُ مَحرَمٍ وَلا زَوجٍ، وَالشَّهوَةُ مُتَحَقِّقَةٌ لجَوَازِ النِّكَاحِ فِي الجُملَةِ وَالحَاجَةُ قَاصِرَةٌ؛ لأَنَّهُ يَعمَلُ خَارِجَ البَيتِ. وَالمُرَادُ بِالنَّصِّ الإِمَاءُ، قَالَ سَعِيدٌ وَالحَسَنُ وَغَيرُهُمَا: لا تَغُرَّنَّكُم سُورَةُ النُّورِ فَإِنَّهَا فِي الإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ لِلمَمْلُوكِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالنَّصِّ الإِمَاءُ) يُرِيدُ بِالنَّصِّ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ ﴾ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلال مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ بِهِ (قَالَ سَعِيدٌ) أَيْ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيِّبِ أَوْ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: أَطْلَقَ اسْمَ سَعِيد وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِالنِّسْبَة لِيَتَنَاوَلَ السَّعِيدَيْنِ (وَالْحَسَنَ وَغَيْرُهُمَا) سَمُرَةُ بْنُ جُنْدُبٍ (لا تَغُرَّنَّكُمْ سُورَةُ النُّورِ فَإِنَّهَا فِي الإِنَاث دُونَ الذُّكُورِ) وَلأَنَّ الذُّكُورَ مُخَاطَبُونَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ ﴾ [النور: ٣٠] فَلَوْ دَخَلُوا فِي قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ ﴾ لَزِمَ التَّعَارُضَ.

وَعُورِضَ بِأَنَّ **نَظَرَ الإِمَاءِ إِلَى سَيِّدَتِهِنَّ** اُسْتُفِيدَ مِنْ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ فَلَوْ حُمِلَتْ هَذِهِ الآيَةُ عَلَى الإِمَاءِ لَزِمَ التَّكْرَارُ، وَبِأَنَّ الإِمَاءَ لَوْ لَمْ تَكُنْ مُرَادَةً مِنْ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ وَجَبَ أَنْ لا تَكُونَ مُرَادَةً مِنْ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ ﴾ أَيْضًا، لأَنَّ الْبَيَانَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الإِشْكَالِ، وَلا يُشْكِلُ عَلَى أَحَد أَنَّ لِلأَمَة

أَنْ تَنْظُرَ إِلَى سَيِّدَتِهَا كَالأَجْنَبِيَّات، وَالملكُ إنْ لَمْ يَزِدْ تَوْسِعَةً فَلا أَقَلَّ أَنْ لا يَزِيدَ تَضْيِيقًا.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ المُرَادَ بالنِّسَاءِ الحَرَائِرُ المُسْلِمَاتُ اللاتِي فِي صُحْبَتِهِنَّ، لأَنَّهُ لَيْسَ لمُؤْمِنَة أَنْ تَتَجَرَّدَ بَيْنَ يَدَيْ مُشْرِكَة أَوْ كِتَابِيَّة. كَذَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أُرِيدَ بنِسَائِهِنَّ مَنْ يَصْحَبُهُنَّ مِنْ الحَرَائِرِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا. وَالنِّسَاءُ كُلُّهُنَّ فِي حِلِّ نَظَرِ بَعْضِهِنَّ إِلَى بَعْضٍ سَوَاءٌ، وَالمُرَادُ مِنْ قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] الإِمَاءُ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ حَالَ الأَمَة يَقْرُبُ مِنْ حَال الرِّجَال حَتَّى تُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ، فَكَانَ يُشْكِلُ أَنَّهُ يُبَاحُ لَهَا التَّكَشُّفُ بَيْنَ يَدَيْ أَمَتِهَا، وَلَمْ يَزُل هَذَا الإِشْكَالُ بِقَوْله أَوْ نِسَائِهِنَّ لأَنَّ مُطْلَقَ هَذَا اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الحَرَائِرَ دُونَ الإِمَاءِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ (وَيَعزِلُ عَن أَمَتِهِ بِغَيرِ إذنِهَا وَلا يَعزِلُ عَن زَوجَتِهِ إلا بِإذنِهَا) «لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن العَزل عَن الحُرَّةِ إلا بِإذنِهَا، وَقَالَ لِمَولَى أَمَةٍ: اعزِل عَنهَا إن شِئت»[1]، وَلأَنَّ الوَطءَ حَقُّ الحُرَّةِ قَضَاءً للشَّهوَةِ وَتَحصِيلا للوَلَدِ وَلِهَذَا تُخَيَّرُ فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ، وَلا حَقَّ للأَمَةِ فِي الوَطءِ فَلِهَذَا لا يُنقَصُ حَقُّ الحُرَّةِ بِغَيرِ إذنِهَا وَيَستَبِدُّ بِهِ المَولَى وَلَو كَانَ تَحتَهُ أَمَةُ غَيرِهِ فَقَد ذَكَرنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

فَصلٌ فِي الاستِبرَاءِ وَغَيرِهِ

قَالَ (وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً فَإِنَّهُ لا يَقرَبُهَا وَلا يَلمِسُهَا وَلا يُقَبِّلُهَا وَلا يَنظُرُ إِلَى فَرجِهَا بِشَهوَةٍ حَتَّى يَستَبرِئَهَا) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي سَبَايَا أَوطَاسٍ «أَلا لا تُوطَأُ الحَبَالَى حَتَّى يَضَعنَ حَملَهُنَّ، وَلا الحَيَالَى حَتَّى يُستَبرَأنَ بِحَيضَةٍ»[2] أَفَادَ وُجُوبَ الاستِبرَاءِ عَلَى المَولَى، وَدَلَّ عَلَى السَّبَبِ فِي المَسبِيَّةِ وَهُوَ استِحدَاثُ المِلكِ وَاليَدِ؛ لأَنَّهُ هُوَ المَوجُودُ فِي مَورِدِ النَّصِّ، وَهَذَا لأَنَّ الحِكمَةَ فِيهِ التَّعَرُّفُ عَن بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةً لِلمِيَاهِ المُحتَرَمَةِ عَن الاختِلاطِ وَالأَنسَابِ عَن الاشتِبَاهِ، وَذَلِكَ عِندَ حَقِيقَةِ الشُّغلِ أَو تَوَهُّمِ

---

(١) هما حديثان أخرج صدره ابن ماجه (١٩٢٨)، وأحمد (٣١/١)، والبيهقي في الكبرى (٣٧٦/٧)، وأخرج عجزه مسلم في الطلاق (٢٤)، وانظر نصب الراية (٥٥٥/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٨/٩)، والحاكم (١٩٥/٢)، وانظر نصب الراية (٥٥٦/٤).

الشُّغل بِماءٍ مُحترَمٍ، وَهُوَ أن يَكُونَ الوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ، وَيَجِبُ عَلَى المُشتَري لا عَلَى البَائِعِ؛ لأنَّ العِلَّةَ الحَقِيقِيَّةَ إرادَةُ الوَطءِ، وَالمُشتَرِي هُوَ الَّذِي يُرِيدُهُ دُونَ البَائِعِ فَيَجِبُ عَلَيهِ، غيرَ أَنَّ الإرَادَةَ أَمرٌ مُبطَنٌ فَيُدَارُ الحُكمُ عَلَى دَليلِهَا، وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِن الوَطءِ وَالتَّمَكُّنُ إنَّمَا يَثبُتُ بِالمِلكِ وَاليَدِ فَانتَصَبَ سَبَبًا وَأُدِيرَ الحُكمُ عَلَيهِ تَيسِيرًا، فَكَانَ السَّبَبُ استِحدَاثَ مِلكِ الرَّقَبَةِ المُؤَكَّدِ بِاليَدِ وَتَعَدِّي الحُكمِ إلَى سَائِرِ أَسبَابِ المِلكِ كَالشِّرَاءِ وَالهِبَةِ وَالوَصِيَّةِ وَالمِيرَاثِ وَالخُلعِ وَالكِتَابَةِ وَغَيرِ ذَلِكَ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي الاستِبرَاءِ وَغَيرِه**): أَخَّرَ الاسْتِبْرَاءَ لأَنَّهُ احْتِرَازٌ عَنْ وَطْءٍ مُقَيَّدٍ وَالمُقَيَّدُ بَعْدَ المُطْلَقِ يُقَالُ اسْتِبْرَاءُ الجَارِيَةِ أَيْ طَلَبُ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا مِنْ الحَمْلِ. وَأَوْطَاسُ مَوْضِعٌ عَلَى ثَلاثِ مَرَاحِلَ مِنْ مَكَّةَ، كَانَتْ بِهِ وَقْعَةٌ لِلنَّبِيِّ ﷺ. **الاسْتِبْرَاءُ** وَاجِبٌ، وَلَهُ سَبَبٌ وَعِلَّةٌ وَحِكْمَةٌ. أَمَّا وُجُوبُهُ فَبِحَدِيثِ سَبَايَا أَوْطَاسٍ «**أَلا لا تُوطَأُ الحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلا الحَيَالَى حَتَّى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ**».

وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ بِهِ أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ الاسْتِمْتَاعِ أَبْلَغَ نَهْيٍ مَعَ وُجُودِ المِلْكِ المُطْلَقِ لَهُ وَاليَدِ المُمَكِّنَةِ مِنْهُ وَذَلِكَ لا يَكُونُ إلا لِلوُجُوبِ. وَأَمَّا **سَبَبُهُ** فَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَاليَدِ لأَنَّهُ هُوَ المَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ. وَأَمَّا عِلَّتُهُ فَهِيَ إِرَادَةُ الوَطْءِ.

فَإِنَّهُ لا يَحِلُّ إلا فِي مَحَلٍّ فَارِغٍ فَيُوجِبُ مَعْرِفَةَ فَرَاغِهِ. وَأَمَّا **حِكْمَتُهُ** فَهُوَ التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةً لِلمِيَاهِ المُحْتَرَمَةِ عَنْ الاخْتِلاطِ وَالأَنْسَابِ عَنْ الاشْتِبَاهِ، وَذَلِكَ عِنْدَ حَقِيقَةِ الشَّغْلِ أَوْ تَوَهُّمِهِ بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ بِأَنْ لا يَكُونَ مِنْ بَغْيٍ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ الحُكْمُ فِي غَيْرِ المُحْتَرَمِ كَذَلِكَ فَإِنَّ الجَارِيَةَ الحَامِلَ مِنْ الزِّنَا لا يَحِلُّ وَطْؤُهَا حَمْلا لِلحَالِ عَلَى الصَّلاحِ، أَمَّا الحِكْمَةُ فَلا تَصْلُحُ لإِضَافَةِ الحُكْمِ إِلَيْهَا لِتَأَخُّرِهَا عَنْهُ، وَأَمَّا العِلَّةُ هَاهُنَا فَكَذَلِكَ.

لأَنَّ الإِرَادَةَ أَمْرٌ مُبْطَنٌ لا يُطَّلَعُ عَلَيْهِ، لأَنَّ بَعْضَ مَنْ يَسْتَحْدِثُ المِلْكَ قَدْ لا يُرِيدُ ذَلِكَ فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَى دَلِيلِ الإِرَادَةِ وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنْ الوَطْءِ، فَإِنَّ صَحِيحَ المِزَاجِ إِذَا تَمَكَّنَ مِنْهُ أَرَادَهُ وَالتَّمَكُّنُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالمِلْكِ وَاليَدِ فَانْتَصَبَ سَبَبًا وَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَيْهِ وُجُودًا وَعَدَمًا تَيْسِيرًا.

هَذَا فِي الْمُسَبَّبَةِ، ثُمَّ تَعَدَّى الْحُكْمُ إِلَى سَائِرِ أَسْبَابِ الملك كَالشِّرَاءِ وَالْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ وَالْخُلعِ بِأَنْ جَعَلَتْ الأَمَةَ بَدَلَ الْخُلعِ وَالْكِتَابَةِ بِأَنْ جَعَلَتْ الأَمَةَ بَدَلًا فِيهَا.

وَكَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُشتَرِي مِن مَالِ الصَّبِيِّ وَمِن الْمَرأَةِ وَالْمَملُوكِ وَمِمَّن لا يَحِلُّ لَهُ وَطؤُهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَت الْمُشتَرَاةُ بِكرًا لَم تُوطَأ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَإِدَارَةِ الأَحكَامِ عَلَى الأَسبَابِ دُونَ الحُكمِ لِبُطُونِهَا فَيُعتَبَرُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ عِندَ تَوَهُّمِ الشُّغلِ.

وَكَذَا لا يُجتَزَأُ بِالحَيضَةِ الَّتِي اشتَرَاهَا فِي أَثنَائِهَا وَلا بِالحَيضَةِ الَّتِي حَاضَتهَا بَعدَ الشِّرَاءِ أَو غَيرِهِ مِن أَسبَابِ الْمِلكِ قَبلَ القَبضِ، وَلا بِالوِلادَةِ الحَاصِلَةِ بَعدَهَا قَبلَ القَبضِ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأَنَّ السَّبَبَ استِحدَاثُ المِلكِ وَاليَدِ، وَالحُكمُ لا يَسبِقُ السَّبَبَ، وَكَذَا لا يُجتَزَأُ بِالحَاصِلِ قَبلَ الإِجَازَةِ فِي بَيعِ الفُضُولِيِّ وَإِن كَانَت فِي يَدِ الْمُشتَرِي، وَلا بِالحَاصِلِ بَعدَ القَبضِ فِي الشِّرَاءِ الفَاسِدِ قَبلَ أَن يَشتَرِيَهَا شِرَاءً صَحِيحًا لِمَا قُلنَا.

الشرح:

فَإِنْ قِيلَ: الْمُوجِبُ وَرَدَ فِي الْمَسْبِيَّةِ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ لِتَحَقُّقِ الْمُطْلَقِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فَهَلا يَقْتَصِرُ عَلَيْهَا؟ فَالْجَوَابُ أَنَّ غَيْرَهَا فِي مَعْنَاهَا حِكْمَةً وَعِلَّةً وَسَبَبًا فَأُلْحِقَ بِهَا دَلالَةً. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا قُلْنَا: وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ.

بِأَنْ بَاعَ أَبُوهُ أَوْ وَصِيُّهُ، وَإِنْ كَانَ لا يَتَحَقَّقُ الشَّغْلُ شَرْعًا فَيَحْتَاجُ إِلَى التَّعَرُّفِ عَنْ البَرَاءَةِ وَمِنْ الْمَرْأَةِ وَالْمَمْلُوكِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ.

وَمِمَّنْ لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لِكَوْنِهَا أُخْتَهُ رَضَاعًا أَوْ وَرِثَهَا وَهِيَ مَوْطُوءَةُ أَبِيهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الملكِ وَاليَدِ، وَلا يُجْتَزَأُ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُجْتَزَأُ بِهَا لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ تَعَرُّفُ البَرَاءَةِ. وَلا بِالَّتِي حَصَلَتْ بَعْدَ الاسْتِحْدَاثِ بِسَبَبٍ مِنْ الأَسْبَابِ قَبْلَ القَبْضِ، وَلا بِالوِلادَةِ الْحَاصِلَةِ بَعْدَهَا: أَيْ بَعْدَ أَسْبَابِ الملكِ قَبْلَ القَبْضِ لِتَحَقُّقِ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ، لأَنَّ السَّبَبَ اسْتَحْدَثَ الملكَ وَاليَدَ وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالقَبْضِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِالْحُكْمِ قَبْلَ السَّبَبِ وَمَا بَعْدَهُ وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ **السَّبَبَ** اسْتِحْدَاثُ الْمَلكِ وَاليَدِ وَالْحُكْمُ لا

يَسْبِقُ السَّبَبَ.

(وَيَجِبُ فِي جَارِيَةٍ لِلمُشتَرِي فِيهَا شِقصٌ فَاشتَرَى البَاقِي)؛ لأَنَّ السَّبَبَ قَد تَمَّ الآنَ، وَالحُكمُ يُضَافُ إِلَى تَمَامِ العِلَّةِ، وَيُجتَزَأُ بِالحَيضَةِ الَّتِي حَاضَتهَا بَعدَ القَبضِ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَو مُكَاتَبَةٌ بِأَن كَاتَبَهَا بَعدَ الشِّرَاءِ ثُمَّ أَسلَمَت المَجُوسِيَّةُ أَو عَجَزَت المُكَاتَبَةُ لِوُجُودِهَا بَعدَ السَّبَبِ وَهُوَ استِحدَاثُ المِلكِ وَاليَدِ إِذ هُوَ مُقتَضٍ لِلحِلِّ وَالحُرمَةِ لِمَانِعٍ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيضِ

(وَلا يَجِبُ الاستِبرَاءُ إِذَا رَجَعَت الآبِقَةُ أَو رُدَّت المَغصُوبَةُ أَو المُؤَاجَرَةُ) أَو فُكَّت المَرهُونَةُ لانعِدَامِ السَّبَبِ وَهُوَ استِحدَاثُ المِلكِ وَاليَدِ وَهُوَ سَبَبٌ مُتَعَيِّنٌ فَأُدِيرَ الحُكمُ عَلَيهِ وُجُودًا وَعَدَمًا، وَلَهَا نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ كَتَبنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى. وَإِذَا ثَبَتَ وُجُوبُ الاستِبرَاءِ وَحُرمَةُ الوَطءِ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِإِفضَائِهَا إِلَيهِ.

أَو لاحتِمَالِ وُقُوعِهَا فِي غَيرِ المِلكِ عَلَى اعتِبَارِ ظُهُورِ الحَبَلِ وَدَعوَةِ البَائِعِ. بِخِلافِ الحَائِضِ حَيثُ لا تَحرُمُ الدَّوَاعِي فِيهَا لأَنَّهُ لا يُحتَمَلُ الوُقُوعُ فِي غَيرِ المِلكِ، وَلأَنَّهُ زَمَانُ نَفرَةٍ فَالإِطلاقُ فِي الدَّوَاعِي لا يُفضِي إِلَى الوَطءِ وَالرَّغبَةُ فِي المُشتَرَاةِ قَبلَ الدُّخُولِ أَصدَقُ الرَّغَبَاتِ فَتُفضِي إِلَيهِ، وَلَم يَذكُر الدَّوَاعِيَ فِي المَسبِيَّةِ.

وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهَا لا تَحرُمُ؛ لأَنَّهَا لا يُحتَمَلُ وُقُوعُهَا فِي غَيرِ المِلكِ لأَنَّهُ لَو ظَهَرَ بِهَا حَبَلٌ لا تَصِحُّ دَعوَةُ الحَربِيِّ، بِخِلافِ المُشتَرَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَلا يَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ عَلَى الآبِقَة) يَعْنِي الَّتِي **أَبَقَتْ فِي دَارِ الإِسْلامِ ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى مَوْلاهَا**، فَإِنْ أَبَقَتْ إِلَى دَارِ الحَرْبِ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ بِوَجْهٍ مِنْ الوُجُوهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهَا فَلَمْ يَحْدُثْ المِلكُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الاسْتِبْرَاءُ لأَنَّهُمْ مَلَكُوهَا.

وَقَوْلُهُ (حَرُمَ الدَّوَاعِي لإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ) أَيْ إِلَى الوَطْءِ كَمَا إِذَا ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ فَإِنَّهُ حَرَّمَ وَطْأَهَا وَحَرَّمَ دَوَاعِيَهُ لإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَذْكُرْ الدَّوَاعِيَ فِي المُسَبَّبَة) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا لا تَحْرُمُ. وَاسْتُشْكِلَ ذَلِكَ حَيْثُ تَعَدَّى الحُكْمُ مِنْ الأَصْلِ وَهِيَ المَسْبِيَّةُ إِلَى الفَرْعِ وَهُوَ غَيْرُهَا حَيْثُ حَرُمَتْ الدَّوَاعِي فِي غَيْرِ

المَسْبِيَّةِ دُونَهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ اقْتِضَاءِ الدَّلِيلِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّعَدِّيَ إِنْ كَانَ بِالقِيَاسِ فَالجَوَابُ المَذْكُورُ غَيْرُ دَافِعٍ لِأَنَّ عَدَمَ التَّغْيِيرِ شَرْطُ القِيَاسِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَانْتِفَاءُ الشَّرْطِ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ المَشْرُوطِ. وَالثَّانِي أَنَّ مَا دَلَّ عَلَى حُرْمَةِ الدَّوَاعِي فِي غَيْرِ المَسْبِيَّةِ أَمْرَانِ: الإِفْضَاءُ وَالوُقُوعُ فِي غَيْرِ المَالِكِ، فَإِنْ لَمْ تَحْرُمْ بِالثَّانِي فَلْتَحْرُمْ بِالأَوَّلِ، إِذْ الحُرْمَةُ تُؤْخَذُ بِالاحْتِيَاطِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ التَّعْدِيَةَ هُنَا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ لِلأَحَقِّ دَلالَةُ حُكْمِ الدَّلِيلِ لَمْ يَكُنْ لِلمُلحَقِ بِهِ لِعَدَمِهِ، وَالدَّلِيلُ هَاهُنَا أَنَّ حُرْمَةَ الدَّوَاعِي فِي هَذَا البَابِ مُجْتَهَدٌ فِيهِ وَلَمْ يَقُل بِهَا الشَّافِعِيُّ وَأَكْثَرُ الفُقَهَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فَلَمَّا كَانَ عِلَّتُهَا فِي المَسْبِيَّةِ أَمْرًا وَاحِدًا لَمْ تُعْتَبَرْ وَلَمَّا كَانَ فِي غَيْرِهَا أَمْرَانِ تَعَاضَدَا اُعْتُبِرَتْ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَالرَّغْبَةُ فِي المُشْتَرَاةِ أَصْدَقُ الرَّغَبَاتِ.

(وَالاستِبرَاءُ فِي الحَامِلِ بِوَضعِ الحَمل) لِمَا رَوَينَا (وَفِي ذَوَاتِ الأَشهُرِ بِالشَّهرِ)؛ لِأَنَّهُ أُقِيمَ فِي حَقِّهِنَّ مَقَامَ الحَيضِ كَمَا فِي المُعتَدَّةِ، وَإِذَا حَاضَت فِي أَثنَائِهِ بَطَلَ الاستِبرَاءُ بِالأَيَّامِ لِلقُدرَةِ عَلَى الأَصلِ قَبلَ حُصُولِ المَقصُودِ بِالبَدَلِ كَمَا فِي المُعتَدَّةِ.

فَإِن ارتَفَعَ حَيضُهَا تَرَكَهَا، حَتَّى إِذَا تَبَيَّنَ أَن لَيسَت بِحَامِلٍ وَقَعَ عَلَيهَا وَلَيسَ فِيهِ تَقدِيرٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَقِيلَ يَتَبَيَّنُ بِشَهرَينِ أَو ثَلاثَةٍ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَربَعَةُ أَشهُرٍ وَعَشرَةُ أَيَّامٍ، وَعَنهُ شَهرَانِ وَخَمسَةُ أَيَّامٍ اعتِبَارًا بِعِدَّةِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ فِي الوَفَاةِ. وَعَن زُفَرَ سَنَتَانِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

الشرح:

وَقَوْلُهُ لِمَا رَوَيْنَا إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**وَلا الحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**» وَقَوْلُهُ (وَإِنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا) أَيْ امْتَدَّ طُهْرُهَا فِي أَوَانِ الحَيْضِ لا يَطَؤُهَا حَتَّى إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَامِلٍ جَامَعَهَا لِأَنَّ المَقْصُودَ تَعَرُّفُ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الحَبَلَ لَوْ كَانَ لَظَهَرَ وَلَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إِلا أَنَّ مَشَايِخَنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قَالُوا يَتَبَيَّنُ ذَلِكَ بِشَهْرَيْنِ أَوْ ثَلاثَةٍ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ إِلَخْ. قِيلَ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وَهُوَ أَنْ **يَتْرُكَهَا شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلاثَةً**

لِظُهُورِ الحَبَلِ فِي ذَلِكَ غَالبًا.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِالاحتِيَالِ لإِسقَاطِ الاستِبرَاءِ عِندَ أَبِي يُوسُفَ خِلافًا لِمُحَمَّدٍ) وَقَد ذَكَرنَا الوَجهَينِ فِي الشُّفعَةِ. وَالمَأخُوذُ قَولُ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ البَائِعَ لَم يَقرَبهَا فِي طُهرِهَا ذَلِك، وَقَولُ مُحَمَّدٍ فِيمَا إِذَا قَرِبَهَا. وَالحِيلَةُ إِذَا لَم يَكُن تَحتَ المُشتَرِي حُرَّةٌ أَن يَتَزَوَّجَهَا قَبلَ الشِّرَاءِ ثُمَّ يَشتَرِيهَا.

وَلَو كَانَت فَالحِيلَةُ أَن يُزَوِّجَهَا البَائِعُ قَبلَ الشِّرَاءِ أَو المُشتَرِي قَبلَ القَبضِ مِمَّن يُوثَقُ بِهِ ثُمَّ يَشتَرِيَهَا وَيَقبِضَهَا ثُمَّ يُطَلِّقَ الزَّوجُ؛ لأَنَّ عِندَ وُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ استِحدَاثُ المِلكِ المُؤَكَّدِ بِالقَبضِ إِذَا لَم يَكُن فَرجُهَا حَلالا لَهُ لا يَجِبُ الاستِبرَاءُ. وَإِنَّ حَلَّ بَعدَ ذَلِك؛ لأَنَّ المُعتَبَرَ أَوَانُ وُجُودِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا كَانَت مُعتَدَّةَ الغَيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَشْتَرِيهَا وَيَقْبِضَهَا أَوْ يَقْبِضَهَا) لَفٌّ وَنَشْرٌ: يَعْنِي يَشْتَرِيهَا وَيَقْبِضُهَا إِذَا زَوَّجَهَا البَائِعُ أَوْ يَقْبِضُهَا إِذَا زَوَّجَهَا المُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ. وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ مِمَّنْ يُوثَقُ بِهِ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوثَقْ بِهِ رُبَّمَا لا يُطَلِّقُهَا فَكَانَ احْتِيَالا عَلَيْهِ لا لَهُ.

وَالحِيلَةُ فِي تَمْشِيَةِ هَذِهِ الحِيلَةِ أَنْ يُزَوِّجَهَا عَلَى أَنْ يَكُونَ أَمْرُهَا بِيَدِهِ يُطَلِّقُهَا مَتَى شَاءَ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ ثُمَّ يُطَلِّقُ الزَّوْجُ: يَعْنِي بَعْدَ القَبْضِ، لأَنَّهُ إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَهُ كَانَ عَلَى المُشْتَرِي الاسْتِبْرَاءُ إِذَا قَبَضَهَا فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

لأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ القَبْضِ فَإِذَا قَبَضَهَا وَالقَبْضُ بِحُكْمِ العَقْدِ بِمَنْزِلَةِ العَقْدِ صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي هَذِهِ الحَالَةِ وَلَيْسَتْ فِي نِكَاحٍ وَلا عِدَّةٍ فَيَلْزَمُهُ الاسْتِبْرَاءُ. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَكُنْ فَرْجُهَا حَلالا لَهُ لا يَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ) لأَنَّ القَبْضَ إِذْ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُمَكِّنٍ مِنْ الوَطْءِ وَالمُمَكِّنُ مِنْهُ جُزْءُ العِلَّةِ أَلا تَرَى أَنَّ تَزْوِيجَ المُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ قَبْضًا حُكْمًا لَمْ يُعْتَبَرْ لِكَوْنِهِ مُزِيلا لِلتَّمَكُّنِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةَ الغَيْرِ) يَعْنِي إِذَا **اشْتَرَى أَمَةً مُعْتَدَّةً وَقَبَضَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بَعْدَ القَبْضِ** لا يَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ، لأَنَّ عِنْدَ اسْتِحْدَاثِ المِلْكِ المُؤَكَّدِ بِالقَبْضِ لَمْ يَكُنْ فَرْجُهَا حَلالا لِلمُشْتَرِي. فَلَمَّا لَمْ يَجِبْ وَقْتَ الاسْتِحْدَاثِ لَمْ يَجِبْ بَعْدَهُ لِعَدَمِ تَجَدُّدِ السَّبَبِ.

قَالَ (وَلا يَقرَبُ المُظَاهِرُ وَلا يَلمِسُ وَلا يُقَبِّلُ وَلا يَنظُرُ إلَى فَرجِهَا بِشَهوَةٍ حَتَّى يُكَفِّرَ)؛ لأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ الوَطءُ إلَى أن يُكَفِّرَ حَرُمَ الدَّوَاعِي للإفضَاءِ إليهِ. لأنَّ الأَصلَ أنَّ سَبَبَ الحَرَامِ حَرَامٌ كَمَا فِي الاعتِكَافِ وَالإحرَامِ وَفِي المَنكُوحَةِ إذَا وُطِئَت بِشُبهَةٍ، بِخِلافِ حَالَةِ الحَيضِ وَالصَّومِ؛ لأَنَّ الحَيضَ يَمتَدُّ شَطرَ عُمرِهَا وَالصَّومَ يَمتَدُّ شَهرًا فَرضًا وَأَكثَرُ العُمرِ نَفلا، فَفِي المَنعِ عَنهَا بَعضُ الحَرَجِ، وَلا كَذَلكَ مَا عَدَدنَاهَا لقُصُورِ مُدَدِهَا. وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ يُقَبِّلُ وَهُوَ صَائِمٌ وَيُضَاجِعُ نِسَاءَهُ وَهُنَّ حُيَّضٌ»[(١)].

الشرح:

قَالَ (وَلا يَقْرَبُ المُظَاهِرُ وَلا يَلمِسُ إلَخْ) هَذِهِ المَسْأَلَةُ لَيْسَتْ مِنْ مَسَائِلِ الاسْتِبْرَاءِ، لَكِنَّهَا مَذْكُورَةٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ اسْتِطْرَادًا، فَإِنَّ الكَلامَ لَمَّا انْسَاقَ فِي الاسْتِبْرَاءِ إلَى حُرْمَةِ الدَّوَاعِي وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ حُرْمَةُ الدَّوَاعِي ذَكَرَهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: صَدَّرَ الفَصْلَ بالاسْتِبْرَاءِ وَغَيْرِهِ وَهَذِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمُرِهَا) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: أَيْ يَقْرُبُ مِنْ شَطْرِ عُمُرِهَا وَهُوَ عَشَرَةُ أَيَّامٍ فِي كُلِّ شَهْرٍ فَكَانَ قَرِيبًا مِنْ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا وَهِيَ نِصْفُ الشَّهْرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يُشِيرُ إلَى أَنَّ الشَّطْرَ هُوَ النِّصْفُ. وَيَتَقَوَّى بِذَلِكَ اسْتِدْلالُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْنَا بِالحَدِيثِ عَلَى أَنَّ أَكْثَرَ الحَيْضِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا.

قَالَ (وَمَن لَهُ أَمَتَانِ أُختَانِ فَقَبَّلَهُمَا بِشَهوَةٍ فَإِنَّهُ لا يُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنهُمَا وَلا يُقَبِّلُهَا وَلا يَمَسُّهَا بِشَهوَةٍ وَلا يَنظُرُ إلَى فَرجِهَا بِشَهوَةٍ حَتَّى يَملِكَ فَرجَ الأُخرَى غَيرُهُ بِمِلكٍ أَو نِكَاحٍ أَو يُعتِقَهَا)، وَأَصلُ هَذَا أَنَّ الجَمعَ بَينَ الأُختَينِ المَملُوكَتَينِ لا يَجُوزُ وَطئًا لإِطلاقِ قَوله تَعَالَى ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ [النساء:٢٣] وَلا يُعَارَضُ بِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾ [النور:٣١]؛ لأَنَّ التَّرجِيحَ للمُحَرِّمِ، وَكَذَا لا يَجُوزُ الجَمعُ بَينَهُمَا فِي الدَّوَاعِي لإِطلاقِ النَّصِّ، وَلأَنَّ الدَّوَاعِيَ إلَى الوَطءِ بِمَنزِلَةِ الوَطءِ فِي التَّحرِيمِ عَلَى مَا

---

(١) هما حديثان أخرج الأول: البخاري في الصوم باب ٢٣، ومسلم في الصيام (٦٤، ٦٦)، وأخرج الثاني: البخاري في الحيض باب ٥، ومسلم في الحيض (١)، وانظر نصب الراية (٥٦٠/٤).

مَهَّدنَاهُ مِن قَبلُ، فَإِذَا قَبَّلَهُمَا فَكَأَنَّهُ وَطِئَهُمَا، وَلَو وَطِئَهُمَا فَلَيسَ لَهُ أَن يُجَامِعَ إِحدَاهُمَا وَلا أَن يَأتِيَ بِالدَّوَاعِي فِيهِمَا، فَكَذَا إِذَا قَبَّلَهُمَا وَكَذَا إِذَا مَسَّهُمَا بِشَهوَةٍ أَو نَظَرَ إِلَى فَرجِهِمَا بِشَهوَةٍ لِمَا بَيَّنَّا إلا أَن يَملِكَ فَرجَ الأُخرَى غَيرُهُ بِمِلكٍ أَو نِكَاحٍ أَو يُعتِقَهَا؛ لأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ عَلَيهِ فَرجُهَا لَم يَبقَ جَامِعًا.

وَقَولُهُ بِمِلكٍ أَرَادَ بِهِ مِلكَ يَمِينٍ فَيَنتَظِمُ التَّمليكُ بِسَائِرِ أَسبَابِهِ بَيعًا أَو غَيرَهُ، وَتَمليكُ الشِّقصِ فِيهِ كَتَمليكِ الكُلِّ؛ لأَنَّ الوَطءَ يَحرُمُ بِهِ، وَكَذَا إِعتَاقُ البَعضِ مِن إِحدَاهُمَا كَإِعتَاقِ كُلِّهَا، وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالإِعتَاقِ فِي هَذَا لِثُبُوتِ حُرمَةِ الوَطءِ بِذَلِكَ كُلِّهِ، وَبِرَهنِ إِحدَاهُمَا وَإِجَارَتِهَا وَتَدبِيرِهَا لا تَحِلُّ الأُخرَى؛ أَلا يَرَى أَنَّهَا لا تَخرُجُ بِهَا عَن مِلكِهِ، وَقَولُهُ أَو نِكَاحٍ أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ. أَمَّا إِذَا زَوَّجَ إِحدَاهُمَا نِكَاحًا فَاسِدًا لا يُبَاحُ لَهُ وَطءُ الأُخرَى إلا أَن يَدخُلَ الزَّوجُ بِهَا فِيهِ؛ لأَنَّهُ يَجِبُ العِدَّةُ عَلَيهَا، وَالعِدَّةُ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي التَّحرِيمِ.

وَلَو وَطِئَ إِحدَاهُمَا حَلَّ لَهُ وَطءُ المَوطُوءَةِ دُونَ الأُخرَى؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بِوَطءِ الأُخرَى لا بِوَطءِ المَوطُوءَةِ. وَكُلُّ امرَأَتَينِ لا يَجُوزُ الجَمعُ بَينَهُمَا نِكَاحًا فِيمَا ذَكَرنَاهُ بِمَنزِلَةِ الأُختَينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ لَهُ أَمَتَانِ أُخْتَانِ فَقَبَّلَهُمَا**) هَذه عَلَى ثَلاثَة أَوْجُه: أَمَّا إِنْ قَبَّلَهُمَا أَوْ لَمْ يُقَبِّلْهُمَا أَوْ قَبَّلَ إِحْدَاهُمَا، فَإِنْ لَمْ يُقَبِّلْهُمَا أَصْلا كَانَ لَهُ أَنْ يُقَبِّلَ وَيَطَأَ أَيَّتهمَا شَاءَ سَوَاءٌ كَانَ اشْتَرَاهُمَا مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَإِنْ كَانَ قَبَّلَ إِحْدَاهُمَا كَانَ لَهُ أَنْ يَطَأَ الْمُقَبَّلَةَ دُونَ الأُخْرَى.

وَأَمَّا إِذَا قَبَّلَهُمَا بِشَهْوَة، وَقَيَّدَ بِذَلكَ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِشَهْوَة لا يَكُونُ مُعْتَبَرًا فَالحُكْمُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب، وَهُوَ مَذْهَبُ عَليٍّ ﷺ عَمَلا بِإِطْلاق قَوْله تَعَالَى ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ وَكَانَ عُثْمَانُ ﷺ يَقُولُ: أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ يَعْني قَوْله تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ يَعْني قَوْله تَعَالَى ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ وَالأَصْلُ فِي الأَبْضَاعِ الحِلُّ بَعْدَ وُجُود سَبَب الحِلِّ وَقَدْ وُجدَ وَهُوَ ملكُ اليَمين.

قَالَ الْمُصَنِّفُ رَحمَهُ اللَّهُ (وَلا يُعَارَضُ بِقَوْلِه تَعَالَى ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾ لأَنَّ

التَّرْجِيحَ لِلمُحَرِّمِ) لا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بِالجَمْعِ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فَلا يَتَنَاوَلُ مَحَلَّ النِّزَاعِ لأَنَّ النِّكَاحَ سَبَبٌ مَشْرُوعٌ لِلوَطْءِ.

فَحُرْمَةُ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا دَلِيلٌ عَلَى حُرْمَةِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَطْئًا فَوَجَبَ تَرْجِيحُ المُحَرِّمِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالإِعْتَاقِ) كَلِمَةُ كَذَا زَائِدَةٌ وَقَوْلُهُ (فِي هَذَا) أَيْ فِي أَنَّهُ يَحِلُّ وَطْءُ الأُخْرَى.

وَاسْتُشْكِلَ ذَلِكَ لأَنَّهَا بِالكِتَابَةِ لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِ المَوْلَى حَتَّى يَلزَمَهُ اسْتِبْرَاءٌ جَدِيدٌ بَعْدَ العَجْزِ وَلَمْ يَحِلَّ فَرْجُهَا لِغَيْرِهِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ لَهُ وَطْءُ الأُخْرَى، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الحِلَّ يَزُولُ بِالكِتَابَةِ وَلِهَذَا يَلزَمُهُ العَقْدُ بِوَطْئِهَا، فَجُعِلَ زَوَالُ الحِلِّ عَنْهَا بِالكِتَابَةِ كَزَوَالِهِ بِالتَّزْوِيجِ فَيَحِلُّ لَهُ أَنْ يَطَأَ الأُخْرَى.

قَالَ (وَيُكرَهُ أَن يُقَبِّلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَو يَدَهُ أَو شَيئًا مِنهُ أَو يُعَانِقَهُ) وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا بَأسَ بِالتَّقبِيلِ وَالمُعَانَقَةِ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَانَقَ جَعفَرًا ﷺ حِينَ قَدِمَ مِن الحَبَشَةِ وَقَبَّلَ بَينَ عَينَيهِ»[1] وَلَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن المُكَامَعَةِ وَهِيَ المُعَانَقَةُ، وَعَن المُكَاعَمَةِ وَهِيَ التَّقبِيلُ»[2]. وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى مَا قَبلَ التَّحرِيمِ. قَالُوا: الخِلافُ فِي المُعَانَقَةِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيهِ قَمِيصٌ أَو جُبَّةٌ فَلا بَأسَ بِهَا بِالإِجمَاعِ وَهُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ (وَلا بَأسَ بِالمُصَافَحَةِ)؛ لأَنَّهُ هُوَ المُتَوَارَثُ.

وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن صَافَحَ أَخَاهُ المُسلمَ وَحَرَّكَ يَدَهُ تَنَاثَرَت ذُنُوبُهُ»[3].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَبِّلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ إلَخْ) وَاضِحٌ. وَعَنْ عَطَاءٍ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا سُئِلَ عَنْ **المُعَانَقَة** فَقَالَ: أَوَّلُ مَنْ عَانَقَ إِبْرَاهِيمُ الخَلِيلُ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ، كَانَ بِمَكَّةَ فَأَقْبَلَ إِلَيْهَا ذُو القَرْنَيْنِ، فَلَمَّا كَانَ بِالأَبْطَحِ قِيلَ لَهُ فِي هَذِهِ البَلدَةِ

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٣١٩/١)، وانظر نصب الراية (٥٦٠/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠٤٩)، والنسائي (٥٠٩١)، وأحمد (١٣٤/٤)، وانظر نصب الراية (٥٦٣/٤).

(٣) أخرجه الطبري في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٣٦/٨)، وانظر نصب الراية (٥٦٦/٤).

إِبْرَاهِيمُ خَلِيلُ الرَّحْمَنِ، فَقَالَ ذُو القَرْنَيْنِ: مَا يَنْبَغِي لِي أَنْ أَرْكَبَ فِي بَلدَةٍ فِيهَا إِبْرَاهِيمُ خَلِيلُ الرَّحْمَنِ، فَنَزَلَ وَمَشَى إِلَى إِبْرَاهِيمَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ إِبْرَاهِيمُ عَلَيْهِ السَّلامُ وَاعْتَنَقَهُ، فَكَانَ هُوَ أَوَّلَ مَنْ عَانَقَ.

وَالشَّيْخُ أَبُو مَنْصُورٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفَّقَ بَيْنَ هَذِهِ الأَحَادِيثِ فَقَالَ: المَكْرُوهُ مِنْ المُعَانَقَةِ مَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الشَّهْوَةِ، وَعَبَّرَ عَنْهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ سَبَبٌ يُفْضِي إِلَيْهَا، فَأَمَّا عَلَى وَجْهِ البِرِّ وَالكَرَامَةِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ قَمِيصٌ أَوْ جُبَّةٌ فَلا بَأْسَ بِهِ.

وَعَنْ سُفْيَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ: **تَقْبِيلُ يَدِ العَالِمِ** سُنَّةٌ، وَتَقْبِيلُ يَدِ غَيْرِهِ لا يُرَخَّصُ فِيهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ القِيَامَ تَعْظِيمًا لِلغَيْرِ.

وَرُوِيَ عَنْ أَنَسٍ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَكْرَهُ القِيَامَ» وَعَنْ الشَّيْخِ الحَكِيمِ أَبِي القَاسِمِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ كَانَ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهِ أَحَدٌ مِنْ الأَغْنِيَاءِ يَقُومُ وَيُعَظِّمُهُ وَلا يَقُومُ لِلفُقَرَاءِ وَطَلَبَةِ العِلمِ.

فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ: لأَنَّ الأَغْنِيَاءَ يَتَوَقَّعُونَ مِنِّي التَّعْظِيمَ، فَلَوْ تَرَكْت تَعْظِيمَهُمْ تَضَرَّرُوا، وَالفُقَرَاءُ وَطَلَبَةُ العِلمِ لا يَطْمَعُونَ مِنِّي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَطْمَعُونَ جَوَابَ السَّلامِ وَالكَلامَ مَعَهُمْ فِي العِلمِ وَنَحْوِهِ فَلا يَتَضَرَّرُونَ بِتَرْكِ القِيَامِ.

فصل في البيع

قَالَ (وَلا بَأسَ بِبَيعِ السِّرقِينِ، وَيُكرَهُ بَيعُ العَذِرَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ بَيعُ السِّرقِينِ أَيضًا؛ لأَنَّهُ نَجِسُ العَينِ فَشَابَهُ العَذِرَةَ وَجِلدَ المَيتَةِ قَبلَ الدِّبَاغِ. وَلَنَا أَنَّهُ مُنتَفَعٌ بِهِ؛ لأَنَّهُ يُلقَى فِي الأَرَاضِي لاستِكثَارِ الرِّيعِ فَكَانَ مَالا، وَالمَالُ مَحَلٌّ لِلبَيعِ. بِخِلافِ العَذِرَةِ؛ لأَنَّهُ لا يُنتَفَعُ بِهَا إِلا مَخلُوطًا.

وَيَجُوزُ بَيعُ المَخلُوطِ هُوَ المَروِيُّ عَن مُحَمَّدٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَكَذَا يَجُوزُ الانتِفَاعُ بِالمَخلُوطِ لا بِغَيرِ المَخلُوطِ فِي الصَّحِيحِ، وَالمَخلُوطُ بِمَنزِلَةِ زَيتٍ خَالَطَتهُ النَّجَاسَةُ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي البَيْعِ) أَخَّرَ فَصْلَ البَيْعِ عَنْ فَصْلِ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَاللَّمْسِ وَالوَطْءِ لأَنَّ أَثَرَ تِلكَ الأَفْعَالِ مُتَّصِلٌ بِبَدَنِ الإِنْسَانِ وَهَذَا لا، وَمَا كَانَ أَكْثَرَ اتِّصَالا كَانَ أَحَقَّ

بِالتَّقْدِيمِ. قَالَ (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ الرِّوَايَةِ الأُخْرَى وَهِيَ أَنَّ الانْتِفَاعَ بِالعَذِرَةِ الخَالِصَةِ يَجُوزُ.

قَالَ (وَمَن عَلمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لرجُلٍ فرَأَى آخرَ يَبِيعُهَا وَقَالَ وَكَّلَنِي صَاحِبُهَا بِبَيعِهَا فَإِنَّهُ يَسعُهُ أَنَّهُ يَبتَاعُهَا وَيطَؤُهَا)؛ لأَنَّهُ أُخبرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ لا مُنَازِعَ لَهُ، وَقَولُ الوَاحِدِ فِي المُعَامَلاتِ مَقبُولٌ عَلَى أَيِّ وَصفٍ كَانَ لِمَا مَرَّ مِن قَبلُ.

وَكَذَا إِذَا قَالَ اشتَرَيتها مِنهُ أَو وَهَبَهَا لي أَو تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ لِمَا قُلنَا. وَهَذَا إِذَا كَانَ ثِقَةً. وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيرَ ثِقَةٍ، وَأَكبَرُ رَأيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ؛ لأَنَّ عَدَالَةَ المُخبِرِ فِي المُعَامَلاتِ غَيرُ لازِمَةٍ للحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِن كَانَ أَكبَرُ رَأيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ لَم يَسَع لَهُ أَن يَتَعَرَّضَ لشَيءٍ مِن ذَلكَ؛ لأَنَّ أَكبَرَ الرَّأيِ يُقَامُ مَقَامَ اليَقِينِ، وَكَذَا إِذَا لَم يَعلَم أَنَّهَا لفُلانٍ، وَلَكِن أَخبَرَهُ صَاحِبُ اليَدِ أَنَّهَا لفُلانٍ، وَأَنَّهُ وَكَّلَهُ بِبَيعِهَا أَو اشتَرَاهَا مِنهُ، وَالمُخبِرُ ثِقَةٌ قُبِلَ قَولُهُ، وَإِن لَم يَكُن ثِقَةً يُعتَبَرُ أَكبَرُ رَأيِهِ؛ لأَنَّ إِخبَارَهُ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَإِن لَم يُخبِرهُ صَاحِبُ اليَدِ بِشَيءٍ.

فَإِن كَانَ عَرَّفَهَا للأَوَّل لَم يَشتَرِهَا حَتَّى يَعلَمَ انتِقَالَهَا إِلَى مِلكِ الثَّانِي؛ لأَنَّ يَدَ الأَوَّل دَلِيلُ مِلكِهِ، وَإِن كَانَ لا يَعرِفُ ذَلكَ لَهُ أَن يَشتَرِيَهَا وَإِن كَانَ ذُو اليَدِ فَاسِقًا؛ لأَنَّ يَدَ الفَاسِقِ دَلِيلُ المِلكِ فِي حَقِّ الفَاسِقِ وَالعَدلِ وَلَم يُعَارِضهُ مُعَارِضٌ، وَلا مُعتَبَرَ بِأَكبَرِ الرَّأيِ عِندَ وُجُودِ الدَّلِيل الظَّاهِرِ إلا أَن يَكُونَ مِثلُهُ لا يَملكُ مِثلَ ذَلكَ، فَحِينَئِذٍ يُستَحَبُّ لَهُ أَن يَتَنَزَّهَ، وَمَعَ ذَلكَ لَو اشتَرَاهَا يُرجَى أَن يَكُونَ فِي سَعَةٍ مِن ذَلكَ لاعتِمَادِهِ الدَّلِيلَ الشَّرعِيَّ.

وَإِن كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا عَبدًا أَو أَمَةً لَم يَقبَلهَا وَلَم يَشتَرِهَا حَتَّى يَسأَلَ؛ لأَنَّ المَملُوكَ لا مِلكَ لَهُ فَيَعلَمُ أَنَّ المِلكَ فِيهَا لغَيرِهِ، فَإِن أَخبَرَهُ أَنَّ مَولاهُ أَذِنَ لَهُ وَهُوَ ثِقَةٌ قُبِلَ، وَإِن لَم يَكُن ثِقَةً يُعتَبَرُ أَكبَرُ الرَّأيِ، وَإِن لَم يَكُن لَهُ رَأيٌ لَم يَشتَرِهَا لقِيَامِ الحَاجِرِ فَلا بُدَّ مِن دَلِيلٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ) يَعْنِي حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا رَجُلا أَوْ

امْرَأَة. وَقَوْلُهُ (لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا، وَهَذَا لأَنَّ خَبَرَ الوَاحِدِ فِي المُعَامَلاتِ مَقْبُولٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ العَدَالَةِ دَفْعًا لِلحَرَجِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ أَخْبَرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ لا مُنَازِعَ لَهُ.

فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ وَهَذَا إِذَا كَانَ ثِقَةً يُنَاقِضُ قَوْلَهُ عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ ثِقَةً أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُعْتَمَدُ عَلَى كَلامِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا لِجَوَازِ أَنْ لا يَكْذِبَ الفَاسِقُ لِمُرُوءَتِهِ أَوْ لِوَجَاهَتِهِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ أَكْبَرَ الرَّأْيِ يَقُومُ مَقَامَ اليَقِينِ) يَعْنِي فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ هَذَا كَالفُرُوجِ وَالدِّمَاءِ أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ **تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَأَدْخَلَهَا عَلَيْهِ إِنْسَانٌ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ** وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا إِذَا كَانَ ثِقَةً عِنْدَهُ أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ، وَكَذَا إِذَا **دَخَلَ رَجُلٌ عَلَى غَيْرِهِ لَيْلا شَاهِرًا سَيْفَهُ** فَلِصَاحِبِ المَنْزِلِ أَنْ يَقْتُلَهُ إِذَا كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ لِصٌّ قَصَدَ قَتْلَهُ وَأَخْذَ مَالِهِ، وَإِذَا كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ هَارِبٌ مِنْ لِصٍّ لَمْ يُعَجِّلْ بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ لا يَمْلِكُ مِثْلَ ذَلِكَ) كَدُرَّةٍ فِي يَدِ فَقِيرٍ لا يَمْلِكُ شَيْئًا. أَوْ كِتَابٍ فِي يَدِ جَاهِلٍ لَمْ يَكُنْ فِي آبَائِهِ مَنْ هُوَ أَهْلٌ لِذَلِكَ فَحِينَئِذٍ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَنَزَّهَ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا) أَيْ الجَارِيَةِ لأَنَّ هَذَا كُلَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِهِ وَمَنْ عَلِمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لِفُلانٍ فَرَأَى آخَرَ يَبِيعُهَا: يَعْنِي أَنَّ الآتِيَ بِالجَارِيَةِ إِذَا كَانَ عَبْدًا أَوْ أَمَةً وَقَالَ لآخَرَ وَهَبْتُهَا مِنْك أَوْ بِعْتُهَا مِنْك فَلَيْسَ لِلآخَرِ أَنْ يَقْبَلَهَا مِنْهُ وَلا أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنْ ذَلِكَ، لأَنَّ المُنَافِيَ لِلمِلْكِ وَهُوَ الرِّقُّ مَعْلُومٌ فِيهِ، فَمَا لَمْ يَظْهَرْ لَهُ دَلِيلٌ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ مَنْ رَآهُ فِي يَدِهِ لا يَحِلُّ لَهُ الشِّرَاءُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ لَمْ يَشْتَرِهَا لِقِيَامِ الحَاجِرِ) بِالرَّاءِ المُهْمَلَةِ: أَيْ المَانِعِ فَلا بُدَّ مِنْ دَلِيلٍ.

قَالَ (وَلَوْ أَنَّ امرَأَةً أَخبَرَهَا ثِقَةٌ أَنَّ زَوجَهَا الغَائِبَ مَاتَ عَنهَا، أَو طَلَّقَهَا ثَلاثًا أَو كَانَ غَيرَ ثِقَةٍ وَأَتَاهَا بِكِتَابٍ مِن زَوجِهَا بِالطَّلاقِ، وَلا تَدرِي أَنَّهُ كِتَابُهُ أَم لا. إلا أَنَّ أَكبَرَ رَأيِهَا أَنَّهُ حَقٌّ) يَعنِي بَعدَ التَّحَرِّي (فَلا بَأسَ بِأَن تَعتَدَّ ثُمَّ تَتَزَوَّجَ)؛ لأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ وَلا مُنَازِعَ، وَكَذَا لَو قَالَت لِرَجُلٍ طَلَّقَنِي زَوجِي وَانقَضَت عِدَّتِي فَلا بَأسَ أَن يَتَزَوَّجَهَا. وَكَذَا إِذَا قَالَت المُطَلَّقَةُ الثَّلاثَ انقَضَت عِدَّتِي وَتَزَوَّجت بِزَوجٍ آخَرَ، وَدَخَلَ بِي ثُمَّ طَلَّقَنِي

وَانقضَت عِدَّتِي فَلا بَاسَ بِأَن يَتَزَوَّجَهَا الزَّوجُ الأَوَّلُ، وَكَذَا لَو قَالَت جَارِيَةٌ كُنت أَمَةَ فُلانٍ فَأَعتَقَنِي؛ لأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ.

وَلَو أَخبَرَهَا مُخبِرٌ أَنَّ أَصلَ النِّكَاحِ كَانَ فَاسِدًا أَو كَانَ الزَّوجُ حِينَ تَزَوَّجَهَا مُرتَدًّا أَو أَخَاهَا مِن الرَّضَاعَةِ لَم يُقبَل قَولُهُ حَتَّى يَشهَدَ بِذَلكَ رَجُلانِ أَو رَجُلٌ وَامرَأَتَانِ. وَكَذَا إِذَا أَخبَرَهُ مُخبِرٌ أَنَّك تَزَوَّجتهَا وَهِيَ مُرتَدَّةٌ أَو أُختُك مِن الرَّضَاعَةِ لَم يَتَزَوَّج بِأُختِهَا أَو أَربَعٍ سِوَاهَا حَتَّى يَشهَدَ بِذَلكَ عَدلان؛ لأَنَّهُ أَخبَرَ بِفَسَادٍ مُقَارِنٍ، وَالإِقدَامُ عَلَى العَقدِ يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ وَإِنكَارِ فَسَادِهِ فَثَبَتَ المُنَازِعُ بِالظَّاهِرِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَت المَنكُوحَةُ صَغِيرَةً فَأَخبَرَ الزَّوجُ أَنَّهَا ارتَضَعَت مِن أُمِّهِ أَو أُختِهِ حَيثُ يُقبَلُ قَولُ الوَاحِدِ فِيهِ؛ لأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ، وَالإِقدَامُ الأَوَّلُ لا يَدُلُّ عَلَى انعِدَامِهِ فَلَم يَثبُت المُنَازِعُ فَافتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا الحَرفِ يَدُورُ الفَرقُ.

وَلَو كَانَت جَارِيَةٌ صَغِيرَةً لا تُعَبِّرُ عَن نَفسِهَا فِي يَدِ رَجُلٍ يَدَّعِي أَنَّهَا لَهُ فَلَمَّا كَبُرَت لَقِيَهَا رَجُلٌ فِي بَلَدٍ آخَرَ فَقَالَت أَنَا حُرَّةُ الأَصل لَم يَسَعهُ أَن يَتَزَوَّجَهَا لِتَحَقُّقِ المُنَازِعِ وَهُوَ ذُو اليَدِ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخبَرَهَا ثِقَةٌ**) بِنَاءً عَلَى أَنَّ القَاطِعَ إِذَا كَانَ طَارِئًا وَلا مُنَازِعَ لِلمَخْبَرِ بِهِ يُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ. فَإِنْ كَانَ ثِقَةً لا يَحْتَاجُ إِلَى غَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لا بُدَّ مِنْ انْضِمَامِ أَكْبَرِ رَأْيِ المُخْبِرِ لَهُ، وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ سَهُلَ تَطْبِيقُ الفُرُوعِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (**لأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ فِيهِ**) وَالإِقْدَامُ الأَوَّلُ لا يَدُلُّ عَلَى انْعِدَامِهِ فَلَمْ يَثْبُتْ المُنَازِعُ اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ إِنْ قُبِلَ خَبَرُ الوَاحِدِ فِي إِفْسَادِ النِّكَاحِ بَعْدَ الصِّحَّةِ مِنْ هَذَا الوَجْهِ فَوَجْهٌ آخَرُ فِيهِ يُوجِبُ عَدَمَ القَبُولِ، وَهُوَ أَنَّ المِلكَ لِلزَّوْجِ فِيهَا ثَابِتٌ وَالمِلكُ الثَّابِتُ لِلغَيْرِ فِيهَا لا يَبْطُلُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ إِذَا كَانَ ثَابِتًا بِدَلِيلٍ مُوجِبٍ وَمِلكُهُ فِيهَا لَيْسَ كَذَلِكَ بَل بِاسْتِصْحَابِ الحَالِ وَخَبَرُ الوَاحِدِ أَقْوَى مِنْهُ وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ المُسلِمُ خَمرًا وَأَخَذَ ثَمَنَهَا وَعَلَيهِ دَينٌ فَإِنَّهُ يُكرَهُ لِصَاحِبِ الدَّينِ أَن يَأخُذَ مِنهُ، وَإِن كَانَ البَائِعُ نَصرَانِيًّا فَلا بَاسَ بِهِ) وَالفَرقُ أَنَّ البَيعَ فِي الوَجهِ الأَوَّل قَد

بطَلَ؛ لأنَّ الخمرَ ليسَ بمَالٍ مُتقوِّمٍ فِي حقِّ المُسلمِ فبَقِيَ الثَّمنُ علَى ملكِ المُشترِي فلا يَحِلُّ أخذُهُ مِن البائعِ. وفِي الوجهِ الثَّاني صحَّ البيعُ؛ لأنَّهُ مَالٌ مُتقوِّمٌ فِي حقِّ الذِّمِّيِّ فملَكَهُ البائعُ فيَحِلُّ الأخذُ منهُ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا بَاعَ الْمُسْلِمُ خَمْرًا إِلَخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَرُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: هَذَا إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ الاقْتِضَاءَ بِالتَّرَاضِي، فَإِنْ كَانَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِأَنْ قَضَى عَلَيْهِ بِهَذَا الثَّمَنِ غَيْرَ عَالِمٍ بِكَوْنِهِ ثَمَنَ الْخَمْرِ طَابَ لَهُ ذَلِكَ بِقَضَائِهِ.

قَالَ (وَيُكرَهُ الاحتِكَارُ فِي أقوَاتِ الآدَمِيِّينَ وَالبَهَائِمِ إذَا كَانَ ذَلكَ فِي بَلَدٍ يَضُرُّ الاحتِكَارُ بِأهلِهِ وَكَذَلكَ التَّلَقِّي. فَأَمَّا إذَا كَانَ لا يَضُرُّ فَلا بَأسَ بِهِ) وَالأصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الجَالبُ مَرزُوقٌ وَالمُحتكِرُ مَلعُونٌ»[1] وَلأنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ، وَفِي الامتِنَاعِ عَن البَيعِ إبطَالُ حَقِّهِم وَتَضيِيقُ الأمرِ عَلَيهِم فَيُكرَهُ إذَا كَانَ يَضُرُّ بِهِم ذَلكَ بِأن كَانَت البَلدَةُ صَغِيرَةً، بِخِلافِ مَا إذَا لَم يَضُرَّ بِأن كَانَ المِصرُ كَبِيرًا؛ لأنَّهُ حَابِسٌ مِلكَهُ مِن غَيرِ إضرَارٍ بِغَيرِهِ، وَكَذَلكَ التَّلَقِّي عَلَى هَذَا التَّفصِيل لأنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « نَهَى عَن تَلَقِّي الجلَبِ وَعَن تَلَقِّي الرُّكبَانِ».

قَالُوا هَذَا إذَا لَم يُلَبِّس المُتَلَقِّي عَلَى التُّجَّارِ سِعرَ البَلدَةِ. فَإن لَبَّسَ فَهُوَ مَكرُوهٌ فِي الوَجهَينِ؛ لأنَّهُ غَادِرٌ بِهِم. وَتَخصِيصُ الاحتِكَارِ بِالأقوَاتِ كَالحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتِّبنِ وَالقَتِّ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ كُلُّ مَا أضَرَّ بِالعَامَّةِ حَبسُهُ فَهُوَ احتِكَارٌ وَإن كَانَ ذَهَبًا أَو فِضَّةً أَو ثَوبًا. وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّهُ قَالَ: لا احتِكَارَ فِي الثِّيَابِ؛ فَأَبُو يُوسُفَ اعتَبَرَ حَقِيقَةَ الضَّرَرِ إذ هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الكَرَاهَةِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ اعتَبَرَ الضَّرَرَ المَعهُودَ المُتَعَارَفَ.

ثُمَّ المُدَّةُ إذَا قَصُرَت لا يَكُونُ احتِكَارًا لعَدَمِ الضَّرَرِ، وَإذَا طَالَت يَكُونُ احتِكَارًا مَكرُوهًا لتَحَقُّقِ الضَّرَرِ. ثُمَّ قِيلَ: هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِأربَعِينَ يَومًا لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن احتَكَرَ طَعَامًا أَربَعِينَ لَيلَةً فَقَد بَرِئَ مِن اللَّهِ وَبَرِئَ اللَّهُ مِنهُ»[2] وَقِيلَ بِالشَّهرِ؛ لأنَّ مَا دُونَهُ قَلِيلٌ

---

(١) رواه ابن ماجه (٢١٥٣)، والدارمي في البيوع باب ١٢.

(٢) أخرجه أحمد (٢/٣٣)،والحاكم في المستدرك(٢/١١).

عَاجِلٌ، وَالشَّهرُ وَمَا فَوقَهُ كَثِيرٌ آجِلٌ، وَقَد مَرَّ فِي غَيرِ مَوضِعٍ، وَيَقَعُ التَّفَاوُتُ فِي المَأثَمِ بَينَ أَن يَتَرَبَّصَ العِزَّةَ وَبَينَ أَن يَتَرَبَّصَ القَحطَ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ، وَقِيلَ المُدَّةُ للمُعَاقَبَةِ فِي الدُّنيَا إمَّا يَأثَمُ وَإِن قَلَّت المُدَّةُ. وَالحَاصِلُ أَنَّ التِّجَارَةَ فِي الطَّعَامِ غَيرُ مَحمُودَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ الاحْتِكَارُ) الاحْتِكَارُ افْتِعَالٌ مِنْ حَكَرَ: أَيْ حَبَسَ، وَالْمُرَادُ بِهِ حَبْسُ الأَقْوَاتِ مُتَرَبِّصًا للغَلاءِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ لَيْسَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي الإِضْرَارِ وَعَدَمِه.

قَالَ (وَمَن احتَكَرَ غَلَّةَ ضَيعَتِهِ أَو مَا جَلَبَهُ مِن بَلَدٍ آخَرَ فَلَيسَ بِمُحتَكِرٍ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ لَم يَتَعَلَّق بِهِ حَقُّ العَامَّةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ لَهُ أَن لا يَزرَعَ فَكَذَلكَ لَهُ أَن لا يَبِيعَ. وَأَمَّا الثَّانِي فَالمَذكُورُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّ حَقَّ العَامَّةِ إنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَا جُمِعَ فِي المِصرِ وَجُلِبَ إلَى فِنَائِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكرَهُ لإِطلاقِ مَا رَوَينَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُجلَبُ مِنهُ إلَى المِصرِ فِي الغَالِبِ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ فِنَاءِ المِصرِ يَحرُمُ الاحتِكَارُ فِيهِ لتَعَلُّقِ حَقِّ العَامَّةِ بِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ البَلَدُ بَعِيدًا لَم تَجرِ العَادَةُ بِالحَمل مِنهُ إلَى المِصرِ؛ لأَنَّهُ لَم يَتَعَلَّق بِهِ حَقُّ العَامَّةِ.

قَالَ (وَلا يَنبَغِي للسُّلطَانِ أَن يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُسَعِّرُوا فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّازِقُ» وَلأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّ العَاقِدِ فَإِلَيهِ تَقدِيرُهُ، فَلا يَنبَغِي للإِمَامِ أَن يَتَعَرَّضَ لحَقِّهِ إلا إذَا تَعَلَّقَ بِهِ دَفعُ ضَرَرِ العَامَّةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ.

وَإِذَا رُفِعَ إلَى القَاضِي هَذَا الأَمرُ يَأمُرُ المُحتَكِرَ بِبَيعِ مَا فَضَلَ عَن قُوتِهِ وَقُوتِ أَهلِهِ عَلَى اعتِبَارِ السَّعَةِ فِي ذَلكَ وَيَنهَاهُ عَن الاحتِكَارِ، فَإِن رُفِعَ إلَيهِ مَرَّةً أُخرَى حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ عَلَى مَا يَرَى زَجرًا لَهُ وَدَفعًا للضَّرَرِ عَن النَّاسِ، فَإِن كَانَ أَربَابُ الطَّعَامِ يَتَحَكَّمُونَ وَيَتَعَدَّونَ عَن القِيمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا، وَعَجَزَ القَاضِي عَن صِيَانَةِ حُقُوقِ المُسلمِينَ إلا بِالتَّسعِيرِ فَحِينَئِذٍ لا بَأسَ بِهِ بِمَشُورَةٍ مِن أَهل الرَّأيِ وَالبَصِيرَةِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلكَ وَتَعَدَّى رَجُلٌ عَن ذَلكَ وَبَاعَ بِأَكثَرَ مِنهُ أَجَازَهُ القَاضِي، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُ لا يَرَى الحَجرَ عَلَى الحُرِّ وَكَذَا عِندَهُمَا، إلا أَن يَكُونَ الحَجرُ عَلَى قَومٍ بِأَعيَانِهِم. وَمَن بَاعَ مِنهُم

بِمَا قَدَّرَهُ الإِمَامُ صَحَّ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُكرَهٍ عَلَى البَيعِ، هَل يَبِيعُ القَاضِي عَلَى المُحتَكِرِ طَعَامَهُ مِن غَيرِ رِضَاهُ.

قِيلَ هُوَ عَلَى الاختِلافِ الَّذِي عُرِفَ فِي بَيعِ مَالِ المَدِيُونِ، وَقِيلَ يَبِيعُ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَرَى الحَجرَ لِدَفعِ ضَرَرٍ عَامٍّ، وَهَذَا كَذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَتَعَدَّوْنَ عَنْ القِيمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا) بِأَنْ يَبِيعُوا قَفِيزًا بِمائَةٍ وَهُوَ يُشْتَرَى بِخَمْسِينَ فَيَمْنَعُونَ مِنْهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ المُسْلِمِينَ. وَقَوْلُهُ (يَرَى الحَجْرَ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ) يَعْنِي كَالطَّبِيبِ الجَاهِلِ وَالمُكَارِي المُفْلِسِ.

قَالَ (وَيُكرَهُ بَيعُ السِّلاحِ فِي أَيَّامِ الفِتنَةِ) مَعنَاهُ مِمَّن يُعرَفُ أَنَّهُ مِن أَهلِ الفِتنَةِ؛ لأَنَّهُ تَسبِيبٌ إِلَى المَعصِيَةِ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي السِّيَرِ، وَإِن كَانَ لا يُعرَفُ أَنَّهُ مِن أَهلِ الفِتنَةِ لا بَأسَ بِذَلِكَ؛ لأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَن لا يَستَعمِلَهُ فِي الفِتنَةِ فَلا يُكرَهُ بِالشَّكِّ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِبَيعِ العَصِيرِ مِمَّن يُعلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمرًا)؛ لأَنَّ المَعصِيَةَ لا تُقَامُ بِعَينِهِ بَل بَعدَ تَغيِيرِهِ، بِخِلافِ بَيعِ السِّلاحِ فِي أَيَّامِ الفِتنَةِ لأَنَّ المَعصِيَةَ تَقُومُ بِعَينِهِ.

قَالَ (وَمَن أَجَّرَ بَيتًا لِيُتَّخَذَ فِيهِ بَيتُ نَارٍ أَو كَنِيسَةٌ أَو بِيعَةٌ أَو يُبَاعُ فِيهِ الخَمرُ بِالسَّوَادِ فَلا بَأسَ بِهِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَنبَغِي أَن يُكرِيَهُ لِشَيءٍ مِن ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعصِيَةِ.

وَلَهُ أَنَّ الإِجَارَةَ تَرِدُ عَلَى مَنفَعَةِ البَيتِ، وَلِهَذَا تَجِبُ الأُجرَةُ بِمُجَرَّدِ التَّسلِيمِ، وَلا مَعصِيَةَ فِيهِ، وَإِنَّمَا المَعصِيَةُ بِفِعلِ المُستَأجِرِ، وَهُوَ مُختَارٌ فِيهِ فَقَطَعَ نِسبَتَهُ عَنهُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَهُ بِالسَّوَادِ لأَنَّهُم لا يُمَكَّنُونَ مِن اتِّخَاذِ البِيَعِ وَالكَنَائِسِ وَإِظهَارِ بَيعِ الخُمُورِ وَالخَنَازِيرِ فِي الأَمصَارِ لِظُهُورِ شَعَائِرِ الإِسلامِ فِيهَا. بِخِلافِ السَّوَادِ. قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي سَوَادِ الكُوفَةِ، لأَنَّ غَالِبَ أَهلِهَا أَهلُ الذِّمَّةِ. فَأَمَّا فِي سَوَادِنَا فَأَعلامُ الإِسلامِ فِيهَا ظَاهِرَةٌ فَلا يُمَكَّنُونَ فِيهَا أَيضًا، وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ (وَمَن حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمرًا فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الأَجرُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكرَهُ لَهُ ذَلِكَ)؛ لأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعصِيَةِ، وَقَد صَحَّ " أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ

وَالسَّلامُ لَعَنَ فِي الخَمرِ عَشرًا حَامِلَهَا وَالمَحمُولَ إليهِ "[1] لَهُ أَنَّ المَعصِيَةَ فِي شُربِهَا وَهُوَ فِعلُ فَاعِلٍ مُختَارٍ، وَلَيسَ الشّربُ مِن ضَرُورَاتِ الحَملِ وَلا يُقصَدُ بِهِ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلَى الحَملِ المَقرُونِ بِقَصدِ المَعصِيَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِنْ ضَرُورَاتِ الحَمْلِ) لأَنَّ الشُّرْبَ قَدْ يُوجَدُ بِدُونِ الحَمْلِ، وَبِالعَكْسِ فَلا يَكُونُ الحَمْلُ مُسْتَلزِمًا للمَعْصِيَةِ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِبَيعِ بِنَاءِ بُيُوتِ مَكَّةَ، وَيُكرَهُ بَيعُ أَرضِهَا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لا بَأسَ بِبَيعِ أَرضِهَا أَيضًا. وَهَذَا رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهَا مَملُوكَةٌ لَهُم لظُهُورِ الاختِصَاصِ الشَّرعِيِّ بِهَا فَصَارَ كَالبِنَاءِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَلا إنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ لا تُبَاعُ رِبَاعُهَا وَلا تُورَثُ»[2] وَلأَنَّهَا حُرَّةٌ مُحتَرَمَةٌ لأَنَّهَا فِنَاءُ الكَعبَةِ. وَقَد ظَهَرَ آيَةُ أَثَرِ التَّعظِيمِ فِيهَا حَتَّى لا يُنَفَّرَ صَيدُهَا وَلا يُختَلَى خَلاهَا وَلا يُعضَدُ شَوكُهَا، فَكَذَا فِي حَقِّ البَيعِ، بِخِلافِ البِنَاءِ؛ لأَنَّهُ خَالِصُ مِلكِ البَانِي.

وَيُكرَهُ إجَارَتُهَا أَيضًا لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن آجَرَ أَرضَ مَكَّةَ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ الرِّبَا»[3] وَلأَنَّ أَرَاضِيَ مَكَّةَ تُسَمَّى السَّوَائِبَ عَلَى عَهدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مَن احتَاجَ إلَيهَا سَكَنَهَا وَمَن استَغنَى عَنهَا أَسكَنَ غَيرَهُ

(وَمَن وَضَعَ دِرهَمًا عِندَ بَقَّالٍ يَأخُذُ مِنهُ مَا شَاءَ يُكرَهُ لَهُ ذَلك)؛ لأَنَّهُ مَلَّكَهُ قَرضًا جَرَّ بِهِ نَفعًا، وَهُوَ أَن يَأخُذَ مِنهُ مَا شَاءَ حَالاً فَحَالاً. «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَن قَرضٍ جَرَّ نَفعًا»، وَيَنبَغِي أَن يَستَودِعَهُ ثُمَّ يَأخُذَ مِنهُ مَا شَاءَ جُزءًا فَجُزءًا؛ لأَنَّهُ وَدِيعَةٌ وَلَيسَ بِقَرضٍ، حَتَّى لَو هَلَكَ لا شَيءَ عَلَى الآخِذِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَّالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ) وَاضِحٌ، وَلَكِنْ فِي لَفْظِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤)، وأحمد (٢/٩٧)، والحاكم في المستدرك (٤/١٤٤).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/٥٨) رقم (٢٢٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٣).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٥٧٦): غريب بهذا اللفظ.

الكِتَابِ اشْتِبَاهٌ، وَذَلِكَ لأَنَّ عِنْدَ للوَدِيعَة، فَلا فَرْقَ حِينَئِذ بَيْنَ صُورَةِ الوَدِيعَة وَالقَرْضِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ قَوْلُهُ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ خَارِجًا مَخْرَجَ الشَّرْط: يَعْنِي وَضَعَهُ بِشَرْطِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ، وَأَمَّا إِذَا وَضَعَهُ وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا فَهُوَ وَدِيعَةٌ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ البَقَّالُ شَيْئًا.

مسائل متفرقة

قَالَ (وَيُكرَهُ التَّعشِيرُ وَالنَّقطُ فِي المُصحَفِ) لقَول ابنِ مَسعُودٍ ﷺ: جَرِّدُوا القُرآنَ. وَيُروَى: جَرِّدُوا المَصَاحِفَ.

وَفِي التَّعشِيرِ وَالنَّقطِ تَركُ التَّجرِيدِ. وَلأَنَّ التَّعشِيرَ يُخِلُّ بِحِفظِ الآيِ وَالنَّقطُ بِحِفظِ الإِعرَابِ اتِّكَالا عَلَيهِ فَيُكرَهُ. قَالُوا: فِي زَمَانِنَا لا بُدَّ للعَجَمِ مِن دَلالَةٍ. فَتَركُ ذَلك إِخلالٌ بِالحِفظِ وَهِجرَانٌ للقُرآنِ فَيَكُونُ حَسَنًا

الشرح:

(**مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ**): التَّعْشِيرُ: جَعْلُ العَوَاشِرِ فِي المُصْحَف، وَهُوَ كِتَابَةُ العَلامَة عِنْدَ مُنْتَهَى عَشْرِ آيَات. وَاخْتُلفَ فِي تَفْسِيرِ قَوْله: جَرِّدُوا القُرْآنَ. فَقيلَ المُرَادُ نَقْطُ المَصَاحِف فَيَكُونُ دَليلا عَلَى كَرَاهَة **نَقْط المَصَاحِف**، وَقيلَ هُوَ أَمْرٌ بِتَعْلِيمِ القُرْآنِ وَحْدَهُ وَتَرْك الأَحَاديث، وَقَالُوا: هَذَا بَاطِلٌ، وَقيلَ هُوَ حَثٌّ عَلَى أَنْ لا يُتَعَلَّمَ شَيْءٌ مِنْ كُتُبِ اللَّه غَيْر القُرْآنِ، لأَنَّ غَيْرَهُ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ اليَهُود وَالنَّصَارَى وَلَيْسُوا بِمُؤْتَمَنِينَ عَلَيْهَا.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِتَحلِيَةِ المُصحَفِ) لِمَا فِيهِ مِن تَعظِيمِهِ. وَصَارَ كَنَقشِ المَسجِدِ وَتَزيِينِهِ بِمَاءِ الذَّهَبِ وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ القِرَاءَةِ مِنْ الصَّلاة.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِأَن يَدخُلَ أَهلُ الذِّمَّةِ المَسجِدَ الحَرَامَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكرَهُ ذَلكَ، وَقَالَ مَالكٌ: يُكرَهُ فِي كُلِّ مَسجِدٍ.

للشَّافِعِيِّ قَوله تَعَالَى ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُواْ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَا ﴾ **[التوبة: ٢٨] وَلأَنَّ الكَافِرَ لا يَخلُو عَن جَنَابَةٍ؛ لأَنَّهُ لا يَغتَسِلُ اغتِسَالا يُخرِجُهُ عَنهَا، وَالجُنُبُ يَجنَبُ المَسجِدَ، وَبِهَذَا يَحتَجُّ مَالكٌ، وَالتَّعلِيلُ بِالنَّجَاسَةِ عَامٌّ**

فَيَنتَظِمُ المَسَاجِدَ كُلَّهَا.

وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنزَلَ وَفدَ ثَقِيفٍ فِي مَسجِدِهِ وَهُم كُفَّارٌ»[1] وَلِأَنَّ الخُبثَ فِي اعتِقَادِهِم فَلا يُؤَدِّي إِلَى تَلوِيثِ المَسجِدِ. وَالآيَةُ مَحمُولَةٌ عَلَى الحُضُورِ استِيلَاءً وَاستِعلَاءً أَو طَائِفِينَ عُرَاةً كَمَا كَانَت عَادَتُهُم فِي الجَاهِلِيَّةِ.

قَالَ (وَيُكرَهُ استِخدَامُ الخُصيَانِ)؛ لِأَنَّ الرَّغبَةَ فِي استِخدَامِهِم حَثُّ النَّاسِ عَلَى هَذَا الصَّنِيعِ وَهُوَ مُثلَةٌ مُحَرَّمَةٌ

قَالَ (وَلا بَأسَ بِخِصَاءِ البَهَائِمِ وَإِنزَاءِ الحَمِيرِ عَلَى الخَيلِ)؛ لِأَنَّ فِي الأَوَّلِ مَنفَعَةً لِلبَهِيمَةِ وَالنَّاسِ. وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَكِبَ البَغلَةَ»[2] فَلَو كَانَ هَذَا الفِعلُ حَرَامًا لَمَا رَكِبَهَا لِمَا فِيهِ مِن فَتحِ بَابِهِ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصرَانِيِّ)؛ لِأَنَّهُ نَوعُ بِرٍّ فِي حَقِّهِم، وَمَا نُهِينَا عَن ذَلِكَ، وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَادَ يَهُودِيًّا مَرِضَ بِجِوَارِهِ».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا بَأْسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِ وَالنَّصَارَى) قَيَّدَ بِهِمَا لِأَنَّ فِي عِيَادَةِ المَجُوسِ اخْتِلافًا بَيْنَ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُمْ أَبْعَدُ عَنْ الإِسْلامِ مِنْ اليَهُودِ وَالنَّصَارَى أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يُبَاحُ ذَبِيحَةُ المَجُوسِ وَنِكَاحُهُمْ بِخِلافِ اليَهُودِ وَالنَّصَارَى.

وَاخْتَلَفُوا فِي عِيَادَةِ الفَاسِقِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهِ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ، وَالعِيَادَةُ مِنْ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَيُكرَهُ أَن يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ: أَسأَلُك بِمَعقِدِ العِزِّ مِن عَرشِك) وَلِلمَسأَلَةِ عِبَارَتَانِ: هَذِهِ، وَمَقعَدُ العِزِّ، وَلا رَيبَ فِي كَرَاهَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِن القُعُودِ، وَكَذَا الأُولَى؛ لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالعَرشِ وَهُوَ مُحدَثٌ وَاللَّهُ تَعَالَى بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ قَدِيمٌ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لا بَأسَ بِهِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٢٦)، وأحمد (٢١٨/٤).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد باب ٥٢، ٦١، ٩٧، ١٦٧، ومسلم في الجهاد (حديث ٧٨ - ٨٠). وانظر نصب الراية (٥٨١/٤).

وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيثِ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ مَأثُورٌ عَن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. رُوِيَ أَنَّهُ كَانَ مِن دُعَائِهِ «اللَّهُمَّ إنِّي أَسأَلُك بِمَعقِدِ العِزِّ مِن عَرشِك؛ وَمُنتَهَى الرَّحمَةِ مِن كِتَابِك، وَبِاسمِك الأَعظَمِ وَجَدِّك الأَعلَى وَكَلِمَاتِك التَّامَّةِ»[١] وَلَكِنَّا نَقُولُ: هَذَا خَبَرُ وَاحِدٍ فَكَانَ الاحتِيَاطُ فِي الامتِنَاعِ (وَيُكرَهُ أَن يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ بِحَقِّ فُلانٍ أَو بِحَقِّ أَنبِيَاؤُك وَرُسُلِك)؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ لِلمَخلُوقِ عَلَى الخَالِقِ.

قَالَ (وَيُكرَهُ اللَّعِبُ بِالشِّطرَنجِ وَالنَّردِ وَالأَربَعَةَ عَشَرَ وَكُلِّ لَهوٍ)؛ لأَنَّهُ إن قَامَرَ بِهَا فَالمَيسِرُ حَرَامٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ اسمٌ لِكُلِّ قِمَارٍ، وَإِن لَم يُقَامِر فَهُوَ عَبَثٌ وَلَهوٌ.

وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لَهوُ المُؤمِنِ بَاطِلٌ إلا الثَّلاثَ: تَأدِيبُهُ لِفَرَسِهِ، وَمُنَاضَلَتُهُ عَن قَوسِهِ، وَمُلاعَبَتُهُ مَعَ أَهلِهِ»[٢] وَقَالَ بَعضُ النَّاسِ: يُبَاحُ اللَّعِبُ بِالشِّطرَنجِ لِمَا فِيهِ مِن تَشحِيذِ الخَوَاطِرِ وَتَذكِيَةِ الأَفهَامِ، وَهُوَ مَحكِيٌّ عَن الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

لَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن لَعِبَ بِالشِّطرَنجِ وَالنَّردَشِيرِ فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الخِنزِيرِ»[٣] وَلأَنَّهُ نَوعُ لَعِبٍ يَصُدُّ عَن ذِكرِ اللَّهِ وَعَن الجُمَعِ وَالجَمَاعَاتِ فَيَكُونُ حَرَامًا لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَا أَلهَاك عَن ذِكرِ اللَّهِ فَهُوَ مَيسِرٌ»[٤] ثُمَّ إن قَامَرَ بِهِ تَسقُطُ عَدَالَتُهُ، وَإِن لَم يُقَامِر لا تَسقُطُ؛ لأَنَّهُ مُتَأَوِّلٌ فِيهِ.

وَكَرِهَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ التَّسلِيمَ عَلَيهِم تَحذِيرًا لَهُم، وَلَم يَرَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِهِ بَأسًا لِيَشغَلَهُم عَمَّا هُم فِيهِ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِقَبُولِ هَدِيَّةِ العَبدِ التَّاجِرِ وَإِجَابَةِ دَعوَتِهِ وَاستِعَارَةِ دَابَّتِهِ. وَتُكرَهُ كِسوَتُهُ الثَّوبَ وَهَدِيَّتُهُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ) وَهَذَا استِحسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: كُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالعَبدُ لَيسَ مِن أَهلِهِ.

وَجهُ الاستِحسَانِ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَبِلَ هَدِيَّةَ سَلمَانَ ﷺ حِينَ كَانَ عَبدًا، وَقَبِلَ هَدِيَّةَ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا وَكَانَت مُكَاتَبَةً» وَأَجَابَ رَهطٌ مِن الصَّحَابَةِ

---

(١) أخرجه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير، وانظر نصب الراية (٥٨٣/٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٥١٣)، والترمذي في الجهاد باب ٢٦، والنسائي في الخيل باب ٨.

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٨٦/٤): هذا حديث غريب بهذا اللفظ.

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٨٦/٤): غريب مرفوعا.

رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم دَعوَةَ مَولَى أَبِي أُسَيدٍ وَكَانَ عَبدًا، وَلأَنَّ فِي هَذِهِ الأَشيَاءِ ضَرُورَةً لا يَجِدُ التَّاجِرُ بُدًّا مِنهَا، وَمَن مَلَكَ شَيئًا يَملِكُ مَا هُوَ مِن ضَرُورَاتِهِ، وَلا ضَرُورَةَ فِي الكِسوَةِ وَإِهدَاءِ الدَّرَاهِمِ فَبَقِيَ عَلَى أَصلِ القِيَاسِ.

قَالَ (وَمَن كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لا أَبَ لَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبضُهُ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ لَهُ) وَأَصلُ هَذَا أَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الصِّغَارِ أَنوَاعٌ ثَلاثَةٌ: نَوعٌ هُوَ مِن بَابِ الوِلايَةِ لا يَملِكُهُ إلا مَن هُوَ وَلِيٌّ كَالإِنكَاحِ وَالشِّرَاءِ وَالبَيعِ لأَموَالِ القُنيَةِ؛ لأَنَّ الوَلِيَّ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ بِإِنَابَةِ الشَّرعِ، وَنَوعٌ آخَرُ مَا كَانَ مِن ضَرُورَةِ حَالِ الصِّغَارِ وَهُوَ شِرَاءُ مَا لا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنهُ وَبَيعُهُ وَإِجَارَةُ الأَظآرِ.

وَذَلِكَ جَائِزٌ مِمَّن يَعُولُهُ وَيُنفِقُ عَلَيهِ كَالأَخِ وَالعَمِّ وَالأُمِّ وَالمُلتَقِطِ إذَا كَانَ فِي حِجرِهِم. وَإِذَا مَلَكَ هَؤُلاءِ هَذَا النَّوعَ فَالوَلِيُّ أَولَى بِهِ، إلا أَنَّهُ لا يُشتَرَطُ فِي حَقِّ الوَلِيِّ أَن يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حِجرِهِ، وَنَوعٌ ثَالِثٌ مَا هُوَ نَفعٌ مَحضٌ كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالقَبضِ، فَهَذَا يَملِكُهُ المُلتَقِطُ وَالأَخُ وَالعَمُّ وَالصَّبِيُّ بِنَفسِهِ إذَا كَانَ يَعقِلُ، لأَنَّ اللائِقَ بِالحِكمَةِ فَتحُ بَابِ مِثلِهِ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ فَيَملِكُ بِالعَقلِ وَالوِلايَةِ وَالحِجرِ وَصَارَ بِمَنزِلَةِ الإِنفَاقِ.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ لِلمُلتَقِطِ أَن يُؤَاجِرَهُ، وَيَجُوزُ لِلأُمِّ أَن تُؤَاجِرَ ابنَهَا إذَا كَانَ فِي حِجرِهَا وَلا يَجُوزُ لِلعَمِّ)؛ لأَنَّ الأُمَّ تَملِكُ إتلافَ مَنَافِعِهِ بِاستِخدَامٍ، وَلا كَذَلِكَ المُلتَقِطُ وَالعَمُّ (وَلَو أَجَّرَ الصَّبِيُّ نَفسَهُ لا يَجُوزُ)؛ لأَنَّهُ مَشُوبٌ بِالضَّرَرِ (إلا إذَا فَرَغَ مِن العَمَلِ)؛ لأَنَّ عِندَ ذَلِكَ تَمَحَّضَ نَفعًا فَيَجِبُ المُسَمَّى وَهُوَ نَظِيرُ العَبدِ المَحجُورِ يُؤَاجِرُ نَفسَهُ وَقَد ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِه لَقِيطٌ لا أَبَ لَهُ إلَخْ) ذَكَرَ فِي النِّهَايَةِ أَنَّ قَوْلَهُ لا أَبَ لَهُ بِشَرْطٍ لازِمٍ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ، لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي كِتَابِ الهِبَةِ فِي **صَغِيرَةٍ لَهَا زَوْجٌ هِيَ عِنْدَهُ يَعُولُهَا وَلَهُ أَبٌ فَوَهَبَ لَهَا** أَنَّهَا لَوْ قَبَضَتْ أَوْ قَبَضَ لَهَا أَبُوهَا أَوْ زَوْجُهَا أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فَلَمْ يَمْتَنِعْ صِحَّةُ قَبْضِ الزَّوْجِ لَهَا بِقِيَامِ الأَبِ، لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ نَفْعًا مَحْضًا كَانَ تَحْقِيقُ مَعْنَاهُ فِي فَتْحِ بَابِ الإِصَابَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ: مِنْ وَجْهِ الوِلايَةِ وَمِنْ وَجْهِ العَوْلِ وَالنَّفَقَةِ وَمِنْ وَجْهِ العَقْلِ وَالتَّمْيِيزِ، فَثَبَتَ أَنَّ عَدَمَ الأَبِ لَيْسَ بِلازِمٍ، كَذَا ذَكَرَهُ فَخْرُ

الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَأَمْوَالُ القُنْيَةِ مَا يَكُونُ للنَّسْلِ لا للتِّجَارَة.

وَقَوْلُهُ (وَإِجَارَةُ الصِّغَارِ) فِي أَكْثَرِ النُّسَخِ وَهُوَ رِوَايَةُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَفِي بَعْضِهَا: وَإِجَارَةُ الأَظْآرِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَ) هَذَا يُنَاقِضُ قَوْلَهُ وَإِجَارَةُ الصِّغَارِ ظَاهِرًا فَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فَالأَوَّلُ عَلَى رِوَايَةِ القُدُورِيِّ كَمَا مَرَّ وَالثَّانِي عَلَى رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَمِنْهُمْ مَنْ غَيَّرَ لَفْظَ الكِتَابِ إِلَى لَفْظِ الأَظْآرِ كَمَا مَرَّ.

وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ بَيْنَهُمَا فَحَمَلَ جَوَازَ إِجَارَتِهِ عَلَى مَا إِذَا تَحَقَّقَتْ الضَّرُورَةُ بِدَلِيلِ وُقُوعِهِ فِي النَّوْعِ الَّذِي فِيهِ تَعْدَادُ الضَّرُورَةِ وَعَدَمُ جَوَازِهَا عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرُورَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْعَمِّ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ فِي حَجْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ آجَرَ **الصَّبِيُّ نَفْسَهُ** لا يَجُوزُ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: أَيْ لا يَلْزَمُ. وَقَوْلُهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ يَعْنِي فِي بَابِ إِجَارَةِ العَبْدِ.

قَالَ (وَيُكرَهُ أَن يَجعلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبدِهِ الرَّايَة) وَيَروُونَ الدَّايَة، وَهُوَ طَوقُ الحَدِيدِ الَّذِي يَمنَعُهُ مِن أَن يُحرِّكَ رَأسَهُ، وَهُوَ مُعتَادٌ بَينَ الظَّلَمَة؛ لأَنَّهُ عُقُوبَةُ أَهلِ النَّارِ فَيُكرَهُ كَالإِحرَاقِ بِالنَّارِ (وَلا يُكرَهُ أَن يُقَيِّدَهُ) لأَنَّهُ سُنَّةُ المُسلِمِينَ فِي السُّفَهَاءِ وَأَهلِ الدَّعَارَةِ فَلا يُكرَهُ فِي العَبدِ تَحَرُّزًا عَن إِبَاقِهِ وَصِيَانَةً لِمَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ أَنْ **يَجْعَلَ** فِي عُنُقِ **عَبْدِهِ الرَّايَةَ**) رَايَةُ الغُلامِ غُلٌّ يُجْعَلُ فِي عُنُقِ الغُلامِ عَلامَةً يُعْلَمُ بِهَا أَنَّهُ آبِقٌ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَأَمَّا الدَّايَةُ بِالدَّالِ فَغَلَطٌ، كَذَا فِي المُغْرِبِ. قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي زَمَانِهِمْ عِنْدَ قِلَّةِ الإِبَاقِ، أَمَّا فِي زَمَانِنَا فَلا بَأْسَ بِهِ لِغَلَبَةِ الإِبَاقِ خُصُوصًا فِي الهُنُودِ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِالحُقنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ) لأَنَّ التَّدَاوِيَ مُبَاحٌ بِالإِجمَاعِ، وَقَد وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ الحَدِيثُ. وَلا فَرقَ بَينَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِلا أَنَّهُ لا يَنبَغِي أَن يُستَعمَلَ المُحَرَّمُ كَالخَمرِ وَنَحوِهَا؛ لأَنَّ الاستِشفَاءَ بِالمُحَرَّمِ حَرَامٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ) احْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ أَرَادَ بِهِ التَّسْمِينَ فَإِنَّهُ لا يُبَاحُ. وَقَوْلُهُ وَقَدْ

وَرَدَ بِإِبَاحَته: أيْ بإِبَاحَة التَّدَاوِي، الحَديثُ. قَالَ ﷺ «تَدَاوَوْا عِبَادَ اللَّه فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَا خَلَقَ دَاءً إلا وَقَدْ خَلَقَ لَهُ دَوَاءً، إلا السَّامَ وَالهَرَمَ» وَالأَمْرُ بِالتَّوَكُّلِ مَحْمُولٌ عَلَى التَّوَكُّلِ عِنْدَ اكْتِسَابِ الأَسْبَابِ، ثُمَّ التَّوَكُّلُ بَعْدَهُ عَلَى اللَّه تَعَالَى دُونَ الأَسْبَابِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى لمَرْيَمَ ﴿وَهُزِّىٓ إِلَيۡكِ بِجِذۡعِ ٱلنَّخۡلَةِ﴾ [مريم: ٢٥] مَعَ قُدْرَته عَلَى أَنْ يَرْزُقَهَا مِنْ غَيْرِ هَزٍّ، كَذَا ذَكَرَهُ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ المُحَرَّمُ كَالخَمْرِ وَنَحْوِهَا لأَنَّ الاسْتشْفَاءَ بِالمُحَرَّمِ حَرَامٌ) قِيلَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ فِيهِ شِفَاءً، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِ شِفَاءً وَلَيْسَ لَهُ دَوَاءٌ آخَرُ غَيْرُهُ يَجُوزُ لَهُ الاسْتِشْفَاءُ بِه.

وَمَعَ قَوْلِ ابْنِ مَسْعُود ﷺ: إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَل شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ. يُحْتَمَلُ أَنَّ عَبْدَ اللَّه قَالَ ذَلكَ فِي دَاءٍ عُرِفَ لَهُ دَوَاءٌ غَيْرُ المُحَرَّمِ، لأَنَّهُ يُسْتَغْنَى بِالحَلال عَنْ الحَرَامِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: تَنْكَشِفُ الحُرْمَةُ عِنْدَ الحَاجَة فَلا يَكُونُ الشِّفَاءُ بِالحَرَامِ وَإِنَّمَا يَكُونُ بِالحَلال.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِرِزقِ القَاضِي) « لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَعَثَ عَتَّابَ بنَ أُسَيدٍ إِلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، وَبَعَثَ عَلِيًّا إِلَى اليَمَنِ وَفَرَضَ لَهُ» وَلأَنَّهُ مَحبُوسٌ لِحَقِّ المُسلِمِينَ فَتَكُونُ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِم وَهُوَ مَالُ بَيتِ المَال، وَهَذَا لأَنَّ الحَبسَ مِن أَسبَابِ النَّفَقَةِ كَمَا فِي الوَصِيِّ وَالمُضَارِبِ إِذَا سَافَرَ بِمَال المُضَارَبَةِ، وَهَذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، فَإِن كَانَ شَرطًا فَهُوَ حَرَامٌ؛ لأَنَّهُ استِئجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ، إِذ القَضَاءُ طَاعَةٌ بَل هُوَ أَفضَلُهَا، ثُمَّ القَاضِي إِذَا كَانَ فَقِيرًا: فَالأَفضَلُ بَل الوَاجِبُ الأَخذُ؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُهُ إِقَامَةُ فَرضِ القَضَاءِ إِلا بِهِ، إِذ الاشتِغَالُ بِالكَسبِ يُقعِدُهُ عَن إِقَامَتِهِ، وَإِن كَانَ غَنِيًّا فَالأَفضَلُ الامتِنَاعُ عَلَى مَا قِيلَ رِفقًا بِبَيتِ المَال.

وَقِيلَ الأَخذُ وَهُوَ الأَصَحُّ صِيَانَةً لِلقَضَاءِ عَن الهَوَانِ وَنَظَرًا لِمَن يُوَلَّى بَعدَهُ مِن المُحتَاجِينَ؛ لأَنَّهُ إِذَا انقَطَعَ زَمَانًا يَتَعَذَّرُ إِعَادَتُهُ ثُمَّ تَسمِيَتُهُ رِزقًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بِقَدرِ الكِفَايَةِ وَقَد جَرَى الرَّسمُ بِإِعطَائِهِ فِي أَوَّل السَّنَةِ؛ لأَنَّ الخَرَاجَ يُؤخَذُ فِي أَوَّل السَّنَةِ وَهُوَ يُعطَى مِنهُ، وَفِي زَمَانِنَا الخَرَاجُ يُؤخَذُ فِي آخرِ السَّنَةِ وَالمَأخُوذُ مِن الخَرَاجِ خَرَاجُ السَّنَةِ المَاضِيَةِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَو استَوفَى رِزقَ سَنَةٍ وَعُزِلَ قَبلَ استِكمَالِهَا، قِيلَ هُوَ عَلَى اختِلافٍ مَعرُوفٍ فِي نَفَقَةِ المَرأَةِ إِذَا مَاتَت فِي السَّنَةِ بَعدَ استِعجَال نَفَقَةِ السَّنَةِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ الرَّدُّ.

الشرح:

قَالَ (وَلا بَأْسَ بِرِزْقِ القَاضِي إلَخْ) إذَا **قَلَّدَ السُّلْطَانُ رَجُلا القَضَاءَ** لا بَأْسَ أَنْ يُعَيِّنَ لَهُ رِزْقًا بِطَرِيقِ الكِفَايَةِ لا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ التَّقْلِيدِ «لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ ﷺ إلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ أَرْبَعِينَ أُوقِيَّةً فِي السَّنَةِ» وَالأُوقِيَّةُ بِالتَّشْدِيدِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَتَكَلَّمُوا فِي أَنَّهُ ﷺ مِنْ أَيِّ مَالٍ رَزَقَهُ وَلَمْ تَكُنْ يَوْمَئِذٍ الدَّوَاوِينُ وَلا بَيْتُ المَالِ، فَإِنَّ الدَّوَاوِينَ وُضِعَتْ فِي زَمَنِ عُمَرَ ﷺ، فَقِيلَ إنَّمَا رَزَقَهُ مِنْ الفَيْءِ، وَقِيلَ مِنْ المَالِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْ نَصَارَى نَجْرَانَ وَمِنْ الجِزْيَةِ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ.

وَقَوْلُهُ (عَلَى اخْتِلافٍ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ المَرْأَةِ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ رَدُّ حِصَّةِ مَا بَقِيَ مِنْ السَّنَةِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَجِبُ. قَاسُوا عَلَى **نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ إذَا اسْتَعْجَلَتْ نَفَقَةَ السَّنَةِ فَمَاتَ الزَّوْجُ فِي نِصْفِ السَّنَةِ** رَدَّتْ نَفَقَةَ مَا بَقِيَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ.

قَالَ (وَلا بَأسَ بِأَن تُسَافِرَ الأَمَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِغَيرِ مَحرَمٍ)؛ لأَنَّ الأَجَانِبَ فِي حَقِّ الإِمَاءِ فِيمَا يَرجِعُ إِلَى النَّظَرِ وَالمَسِّ بِمَنزِلَةِ المَحَارِمِ عَلَى مَا ذَكَرنَا مِن قَبلُ، وَأُمُّ الوَلَدِ أَمَةٌ لِقِيَامِ المِلكِ فِيهَا وَإِن امتَنَعَ بَيعُهَا والله أعلم بالصواب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا بَأْسَ أَنْ **تُسَافِرَ الأَمَةُ** إلَى آخِرِهِ) قِيلَ هَذَا كَانَ فِي الابْتِدَاءِ. أَمَّا الآنَ فَيُكْرَهُ ذَلِكَ لِغَلَبَةِ أَهْلِ الفُسُوقِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ) إشَارَةٌ إلَى مَا ذُكِرَ مِنْ قَبْلِ فَصْلِ الاسْتِبْرَاءِ بِقَوْلِهِ وَأَمَّا **الخَلْوَةُ** بِهَا **وَالمُسَافَرَةُ** فَقَدْ قِيلَ يُبَاحُ كَمَا فِي المَحَارِمِ.

كتاب إحياء الموات

قَالَ (الْمَوَاتُ مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ مِن الأَرَاضِي لانقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ أَو لغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيهِ أَو مَا أَشبَهَ ذَلكَ مِمَّا يَمنَعُ الزِّرَاعَةَ) سُمِّيَ بِذَلكَ لبُطلانِ الانتِفَاعِ بِهِ.

قَالَ (فَمَا كَانَ مِنهَا عَادِيًّا لا مَالكَ لَهُ أَو كَانَ مَملُوكًا فِي الإسلامِ لا يُعرَفُ لَهُ مَالكٌ بِعَينِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ مِن القَريَةِ بِحَيثُ إذَا وَقَفَ إنسَانٌ مِن أَقصَى العَامِرِ فَصَاحَ لا يُسمَعُ الصَّوتُ فِيهِ فَهُوَ مَوَاتٌ) قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ، وَمَعنَى العَادِيِّ مَا قَدُمَ خَرَابُهُ.

وَالمَروِيُّ عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَشتَرِطُ أَن لا يَكُونَ مَملُوكًا لمُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ مَعَ انقِطَاعِ الارتِفَاقِ بِهَا ليَكُونَ مَيتَةً مُطلَقًا، فَأَمَّا الَّتِي هِيَ مَملُوكَةٌ لمُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ لا تَكُونُ مَوَاتًا، وَإِذَا لَم يُعرَف مَالكُهُ تَكُونُ لجَمَاعَةِ المُسلمِينَ، وَلَو ظَهَرَ لَهُ مَالكٌ يُرَدُّ عَلَيهِ، وَيَضمَنُ الزَّارِعُ نُقصَانَهَا، وَالبُعدُ عَن القَريَةِ عَلَى مَا قَالَ شَرَطَهُ أَبُو يُوسُفَ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا يَكُونُ قَرِيبًا مِن القَريَةِ لا يَنقَطِعُ ارتِفَاقُ أَهلهَا عَنهُ فَيُدَارُ الحُكمُ عَلَيهِ.

وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ اعتَبَرَ انقِطَاعَ ارتِفَاقِ أَهل القَريَةِ عَنهَا حَقِيقَةً، وَإِن كَانَ قَرِيبًا مِن القَريَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الإِمَامُ المَعرُوفُ بِخُوَاهَر زَادَه رَحِمَهُ اللَّهُ، وَشَمسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعتَمَدَ عَلَى مَا اختَارَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ (ثُمَّ مَن أَحيَاهُ بِإِذنِ الإِمَامِ مَلَكَهُ، وَإِن أَحيَاهُ بِغَيرِ إذنِهِ لَم يَملكهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالا: يَملكُهُ) لقَولهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن أَحيَا أَرضًا مَيتَةً فَهِيَ لَهُ»[1] وَلأَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ سَبَقَت يَدُهُ إلَيهِ فَيَملكُهُ كَمَا فِي الحَطَبِ وَالصَّيدِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لَيسَ للمَرءِ إلا مَا طَابَت نَفسُ إمَامِهِ بِهِ» وَمَا رَوَيَاهُ يَحتَمِلُ أَنَّهُ إذنٌ لقَومٍ لا نَصبٌ لشَرعٍ، وَلأَنَّهُ مَغنُومٌ لوُصُولهِ إلَى يَدِ المُسلمِينَ بِإِيجَافِ الخَيلِ وَالرِّكَابِ فَلَيسَ لأَحَدٍ أَن يَختَصَّ بِهِ بِدُونِ إذنِ الإِمَامِ كَمَا فِي سَائِرِ الغَنَائِمِ. وَيَجِبُ فِيهِ العُشرُ؛ لأَنَّ ابتِدَاءَ تَوظِيفِ الخَرَاجِ عَلَى المُسلمِ لا يَجُوزُ إلا إذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الخَرَاجِ؛ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ إبقَاءُ الخَرَاجِ عَلَى اعتِبَارِ المَاءِ.

---

(١) أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة باب ١٥، وأحمد (٦/١٢٠).

فَلَو أَحياهَا، ثُمَّ تَركَهَا فَزرَعهَا غَيرُهُ فَقَد قِيلَ الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا؛ لأَنَّ الأَوَّلَ مَلَكَ استِغلالَهَا لا رَقَبَتَهَا، فَإِذَا تَركَهَا كَانَ الثَّانِي أَحَقَّ بِهَا. وَالأَصَحُّ أَنَّ الأَوَّلَ يَنزِعُهَا مِن الثَّانِي؛ لأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالإِحيَاءِ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ الحَدِيثُ، إِذ الإِضَافَةُ فِيهِ فَاللامُ التَّمليكِ وَمِلكُهُ لا يَزُولُ بِالتَّركِ.

وَمَن أَحيَا أَرضًا مَيتَةً ثُمَّ أَحَاطَ الإِحيَاءُ بِجَوَانِبِهَا الأَربَعَةِ مِن أَربَعَةِ نَفَرٍ عَلَى التَّعَاقُبِ؛ فَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّ طَرِيقَ الأَوَّلِ فِي الأَرضِ الرَّابِعَةِ لِتَعَيُّنِهَا لِتَطَرُّقِهِ وَقَصَدَ الرَّابِعُ إِبطَالَ حَقِّهِ.

الشرح:

(**كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ**) مُنَاسَبَةُ هَذَا الكِتَابِ بِكِتَابِ الكَرَاهِيَةِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي مَسَائِلِ هَذَا الكِتَابِ مَا يُكْرَهُ، وَمَا لا يُكْرَهُ، وَمِنْ مَحَاسِنِهِ التَّسْبِيبُ لِلخِصْبِ فِي أَقْوَاتِ الأَنَامِ وَمَشْرُوعِيَّتُهُ بِقَوْلِهِ ﷺ «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ**» وَشُرُوطُهُ سَتُذْكَرُ فِي أَثْنَاءِ الكَلامِ. وَسَبَبُهُ تَعَلُّقُ البَقَاءِ المُقَدَّرِ كَمَا مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ. وَحُكْمُهُ تَمَلُّكُ المُحْيِي مَا أَحْيَاهُ.

قَالَ (المَوَاتُ مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ الأَرَاضِي) شِبْهُ مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ الأَرَاضِي لانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ بِأَنْ غَلَبَ عَلَيْهِ الرِّمَالُ أَوْ صَارَ سَبْخَةً بِالمَيِّتِ مِنْ الحَيَوَانِ الَّذِي بَطَلَتْ مَنَافِعُهُ فَسُمِّيَ مَوَاتًا، وَإِحْيَاؤُهُ عِبَارَةٌ عَنْ جَعْلِهِ بِحَيْثُ يُنْتَفَعُ بِهِ.

قَوْلُهُ (فَمَا كَانَ مِنَّا عَادِيًا) لَيْسَ المُرَادُ بِهِ مَا يَقْتَضِيهِ ظَاهِرُ لَفْظِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَنْسُوبًا إِلَى عَادٍ. لأَنَّ عَادًا لَمْ يَمْلِكْ جَمِيعَ أَرَاضِي المَوَاتِ. وَلَكِنْ مُرَادُهُ مَا تَقَدَّمَ خَرَابُهُ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الإِسْلامِ لا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ) قَوْلُ بَعْضِ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: **الأَرَاضِي المَمْلُوكَةُ إِذَا انْقَرَضَ أَهْلُهَا** فَهِيَ كَاللُّقَطَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ مَالِكُهُ) مِنْ تَتِمَّةِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَوْلُهُ (فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى القُرْبِ مَرْجِعٌ حُكْمِيٌّ يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ قَرِيبًا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذْنٌ لِقَوْمٍ لا نَصْبٌ لِشَرْعٍ) تَقْرِيرُهُ أَنَّ المَشْرُوعَاتِ عَلَى نَوْعَيْنِ: أَحَدُهُمَا نَصْبُ الشَّرْعِ. وَالآخَرُ إِذْنٌ بِالشَّرْعِ.

فَالأَوَّلُ كَقَوْلِهِ ﷺ «**مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ فِي صَلاتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ**» وَالآخَرُ كَقَوْلِهِ ﷺ «**مَنْ قَتَلَ قَتِيلا فَلَهُ سَلَبُهُ**» أَيْ لِلإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ لِلْغَازِي بِهَذَا الْقَوْلِ، فَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ إِذْنًا لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ**» مِنْ ذَلِكَ الْقَبِيلِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ ذَلِكَ يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ، وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مُفَسَّرٌ لا يَقْبَلُهُ فَكَانَ رَاجِحًا، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ**» يَدُلُّ عَلَى السَّبَبِ فَإِنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَرَتَّبَ عَلَى مُشْتَقٍّ دَلَّ عَلَى عِلِّيَّةِ الْمُشْتَقِّ مِنْهُ لِذَلِكَ الْحُكْمِ، وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ مَشْرُوطًا بِإِذْنِ الإِمَامِ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ**» يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَالأَصَحُّ أَنَّ الأَوَّلَ يَنْزِعُهَا مِنَ الثَّانِي) بَيَانُهُ أَنَّ الْمَشَايِخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي أَنَّ إِحْيَاءَ الْمَوَاتِ يُثْبِتُ مِلْكَ الاسْتِغْلالِ أَوْ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ مِنْهُمُ الْفَقِيهُ أَبُو الْقَاسِمِ أَحْمَدُ الْبَلْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الأَوَّلِ قِيَاسًا عَلَى مَنْ جَلَسَ فِي مَوْضِعٍ مُبَاحٍ فَإِنَّ لَهُ الانْتِفَاعَ بِهِ. فَإِذَا قَامَ عَنْهُ وَأَعْرَضَ بَطَلَ حَقُّهُ. وَعَامَّتُهُمْ إِلَى الثَّانِي اسْتِدْلالا بِالْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ أَضَافَ فَاللامُ التَّمْلِيكِ فِي قَوْلِهِ فَهِيَ لَهُ وَمِلْكُهُ لا يَزُولُ بِالتَّرْكِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: الاسْتِدْلالُ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَلَى مَذْهَبِهِمَا صَحِيحٌ، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَفِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّهُ حَمَلَهُ عَلَى كَوْنِهِ إِذْنًا لا شَرْعًا فَكَيْفَ يَصِحُّ الاسْتِدْلالُ بِهِ.

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ إِذْنًا لَهُ لَكِنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ الإِمَامُ كَانَ شَرْعًا؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لَهُ الإِمَامُ **مَنْ قَتَلَ قَتِيلا فَلَهُ سَلَبُهُ** مَلَكَ سَلَبَ مَنْ قَتَلَهُ. وَقَوْلُهُ (لِتَعَيُّنِهَا لِتَطَرُّفِهِ) لأَنَّهُ حِينَ سَكَتَ عَنِ الأَوَّلِ وَالثَّانِي وَالثَّالِثِ صَارَ الْبَاقِي طَرِيقًا لَهُ، فَإِذَا أَحْيَاهُ الرَّابِعُ فَقَدْ أَحْيَا طَرِيقَهُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَيَكُونُ لَهُ فِيهِ طَرِيقٌ.

قَالَ (وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ)؛ لأَنَّ الإِحْيَاءَ سَبَبُ الْمِلْكِ، إِلا أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذْنُ الإِمَامِ مِنْ شَرْطِهِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ حَتَّى الاسْتِيلاءِ عَلَى أَصْلِنَا.

الشرح:

قَالَ (وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ) **الْمُسْلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي تَمَلُّكِ مَا أَحْيَاهُ سَوَاءٌ**

لاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ، وَالاسْتِوَاءُ فِي السَّبَبِ يُوجِبُ الاسْتِوَاءَ فِي الْحُكْمِ كَمَا فِي سَائِرِ أَسْبَابِ الملكِ حَتَّى الاسْتِيلاءِ، فَإِنَّ الكَافِرَ يَمْلِكُ مَالَ المُسْلِمِ بِالاسْتِيلاءِ عَلَى أَصْلِنَا كَالمُسْلمِينَ.

قَالَ (وَمَن حَجَرَ أَرضًا وَلَم يَعمُرهَا ثَلاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيرِهِ) لأَنَّ الدَّفعَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ لِيَعمُرَهَا فَتَحصُلُ المَنفَعَةُ لِلمُسلِمِينَ مِن حَيثُ العُشرُ أَو الخَرَاجُ. فَإِذَا لَم تَحصُل يَدفَعُ إِلَى غَيرِهِ تَحصِيلا لِلمَقصُودِ، وَلأَنَّ التَّحجِيرَ لَيسَ بِإِحيَاءِ لِيَملِكَهُ بِهِ؛ لأَنَّ الإِحيَاءَ إِنَّمَا هُوَ العِمَارَةُ وَالتَّحجِيرُ الإِعلامُ، سُمِّيَ بِهِ لأَنَّهُم كَانُوا يُعَلِّمُونَهُ بِوَضعِ الأَحجَارِ حَولَهُ أَو يُعَلِّمُونَهُ لِحَجرِ غَيرِهِم عَن إِحيَائِهِ فَبَقِيَ غَيرَ مَملُوكٍ كَمَا كَانَ هُوَ الصَّحِيحُ.

وَإِنَّمَا شَرَطَ تَركَ ثَلاثِ سِنِينَ لِقَولِ عُمَرَ رضي الله عنه: لَيسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعدَ ثَلاثِ سِنِينَ حَقٌّ. وَلأَنَّهُ إِذَا أَعلَمَهُ لا بُدَّ مِن زَمَانٍ يَرجِعُ فِيهِ إِلَى وَطَنِهِ وَزَمَانٍ يُهَيِّئُ أُمُورَهُ فِيهِ، ثُمَّ زَمَانٍ يَرجِعُ فِيهِ إِلَى مَا يَحجُرُهُ فَقَدَّرنَاهُ بِثَلاثِ سِنِينَ؛ لأَنَّ مَا دُونَهَا مِن السَّاعَاتِ وَالأَيَّامِ وَالشُّهُورِ لا يَفِي بِذَلِكَ، وَإِذَا لَم يَحضُر بَعدَ انقِضَائِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَهَا. قَالُوا: هَذَا كُلُّهُ دِيَانَةً، فَأَمَّا إِذَا أَحيَاهَا غَيرُهُ قَبلَ مُضِيِّ هَذِهِ المُدَّةِ مَلَكَهَا لِتَحَقُّقِ الإِحيَاءِ مِنهُ دُونَ الأَوَّلِ وَصَارَ كَالاستِيَامِ فَإِنَّهُ يُكرَهُ، وَلَو فُعِلَ يَجُوزُ العَقدُ.

ثُمَّ التَّحجِيرُ قَد يَكُونُ بِغَيرِ الحَجَرِ بِأَن غَرَزَ حَولَهَا أَغصَانًا يَابِسَةً أَو نَقَّى الأَرضَ وَأَحرَقَ مَا فِيهَا مِن الشَّوكِ أَو خَضَدَ مَا فِيهَا مِن الحَشِيشِ أَو الشَّوكِ، وَجَعَلَهَا حَولَهَا وَجَعَلَ التُّرَابَ عَلَيهَا مِن غَيرِ أَن يُتِمَّ المُسَنَّاةَ لِيَمنَعَ النَّاسَ مِن الدُّخُولِ، أَو حَفَرَ مِن بِئرٍ ذِرَاعًا أَو ذِرَاعَينِ، وَفِي الأَخِيرِ وَرَدَ الخَبَرُ. وَلَو كَرَبَهَا وَسَقَاهَا فَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِحيَاءٌ، وَلَو فَعَلَ أَحَدَهُمَا يَكُونُ تَحجِيرًا، وَلَو حَفَرَ أَنهَارَهَا وَلَم يَسقِهَا يَكُونُ تَحجِيرًا، وَإِن سَقَاهَا مَعَ حَفرِ الأَنهَارِ كَانَ إِحيَاءً لِوُجُودِ الفِعلَينِ، وَلَو حَوَّطَهَا أَو سَنَّمَهَا بِحَيثُ يَعصِمُ المَاءَ يَكُونُ إِحيَاءً؛ لأَنَّهُ مِن جُملَةِ البِنَاءِ، وَكَذَا إِذَا بَذَرَهَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ حَجَّرَ أَرْضًا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ الحَجَرِ بِفَتْحِ الجِيمِ وَسُكُونِه، وَمَعْنَى الأَوَّلِ أَعْلَمَ بِوَضْعِ الأَحْجَارِ حَوْلَهُ لأَنَّهُمْ كَانُوا يَفْعَلُونَ ذَلِكَ، وَمَعْنَى الثَّانِي أَعْلَمَ بِحَجْرِ

الغَيْرِ عَنْ إحْيَائِهَا فَكَانَ التَّحْجِيرُ هُوَ الإعْلامُ، فَإِذَا **حَجَّرَ أَرْضًا وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلاثَ سِنِينَ** أَخَذَهَا الإمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ، وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ المَشَايِخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي كَوْنِهِ مُفِيدًا لِلملك؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يُفِيدُ ملكًا مُؤَقَّتًا إِلَى ثَلاثِ سِنِينَ، وَقِيلَ لا يُفِيدُ وَهُوَ مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ، أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ (هُوَ الصَّحِيحُ).

قِيلَ وَثَمَرَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا جَاءَ إِنْسَانٌ آخَرُ قَبْلَ مُضِيِّ ثَلاثِ سِنِينَ وَأَحْيَاهُ، فَإِنَّهُ مَلَكَهُ عَلَى الثَّانِي وَلَمْ يَمْلِكْهُ عَلَى الأَوَّلِ.

وَجْهُ الأَوَّلِ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ حَقٌّ بَعْدَ ثَلاثِ سِنِينَ نَفَى الحَقَّ بَعْدَ ثَلاثِ سِنِينَ فَيَكُونُ لَهُ الحَقُّ فِي ثَلاثِ سِنِينَ، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الكَامِلِ، وَالحَقُّ الكَامِلُ هُوَ المِلكُ.

وَوَجْهُ الصَّحِيحِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَالجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلالِهِمْ أَنَّ ذَلِكَ مَفْهُومٌ وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ. وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ أَنْ يُتِمَّ المُسَنَّاةَ) هُوَ مَا يُبْنَى لِلسَّيْلِ لِيَرُدَّ المَاءَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الأَخِيرِ) يُرِيدُ حَفْرَ البِئْرِ (وَرَدَ الخَبَرُ) وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «**مَنْ حَفَرَ بِئْرًا مِقْدَارَ ذِرَاعٍ فَهُوَ مُتَحَجِّرٌ**».

قَالَ (وَلا يَجُوزُ إحياءُ مَا قَرُبَ مِن العَامِرِ وَيُترَكُ مَرعَى لأَهلِ القَريَةِ وَمَطرَحًا لِحَصَائِدِهِم) لِتَحقُّقِ حَاجَتِهِم إِلَيهَا حَقِيقَةً أَو دَلالَةً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلا يَكُونُ مَوَاتًا لِتَعَلُّقِ حَقِّهِم بِهَا بِمَنزِلَةِ الطَّرِيقِ وَالنَّهرِ.

وعَلَى هَذَا قَالُوا: لا يَجُوزُ لِلإِمَامِ أَن يَقطَعَ مَا لا غِنَى بِالمُسلِمِينَ عَنهُ كَالمِلحِ وَالآبَارِ الَّتِي يَستَقِي النَّاسُ مِنهَا لِمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً) يَعْنِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ دَلالَةً) عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَمُحَمَّدٌ اعْتَبَرَ انْقِطَاعَ ارْتِفَاقِ أَهْلِ القَرْيَةِ عَنْهَا حَقِيقَةً إِلَخْ.

وَقَوْلُهُ (لا يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ الإِمَامُ) يُقَالُ **أَقْطَعَ السُّلْطَانُ رَجُلا أَرْضًا: أَيْ أَعْطَاهُ إِيَّاهَا وَخَصَّصَهُ بِهَا**. وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِتَحَقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا. العَطَنُ: مُنَاخُ الإِبلِ وَمَبْرَكُهَا.

قَالَ (وَمَن حفَرَ بِئرًا فِي بَرِّيَّةٍ فَلَهُ حَرِيمُهَا) وَمَعنَاهُ إِذَا حفَرَ فِي أَرضٍ مَوَاتٍ بِإِذنِ الإِمَامِ عِندَهُ أَو بِإِذنِهِ وَبِغَيرِ إِذنِهِ عِندَهُمَا؛ لأَنَّ حَفرَ البِئرِ إِحيَاءٌ.

قَالَ (فَإِن كَانَت لِلعَطَنِ فَحَرِيمُهَا أَربَعُونَ ذِرَاعًا) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن حفَرَ بِئرًا فَلَهُ مِمَّا حَولَهَا أَربَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ» ثُمَّ قِيلَ: الأَربَعُونَ مِن كُلِّ الجَوَانِبِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِن كُلِّ جَانِبٍ؛ لأَنَّ فِي الأَرَاضِي رَخوَةً وَيَتَحَوَّلُ المَاءُ إِلَى مَا حُفِرَ دُونَهَا (وَإِن كَانَت لِلنَّاضِحِ فَحَرِيمُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَهَذَا عِندَهُمَا.

وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ أَربَعُونَ ذِرَاعًا) لَهُمَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «حَرِيمُ العَينِ خَمسمِائَةِ ذِرَاعٍ. وَحَرِيمُ بِئرِ العَطَنِ أَربَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا»[1] وَلأَنَّهُ قَد يُحتَاجُ فِيهِ إِلَى أَن يُسَيِّرَ دَابَّتَهُ لِلاستِقَاءِ، وَقَد يَطُولُ الرِّشَاءُ وَبِئرُ العَطَنِ لِلاستِقَاءِ مِنهُ بِيَدِهِ فَقَلَّت الحَاجَةُ فَلا بُدَّ مِن التَّفَاوُتِ.

وَلَهُ مَا رَوَينَا مِن غَيرِ فَصلٍ، وَالعَامُّ المُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ أَولَى عِندَهُ مِن الخَاصِّ المُختَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ، وَلأَنَّ القِيَاسَ يَأبَى استِحقَاقَ الحَرِيمِ؛ لأَنَّ عَمَلَهُ فِي مَوضِعِ الحَفرِ، وَالاستِحقَاقُ بِهِ، فَفِيمَا اتَّفَقَ عَلَيهِ الحَدِيثَانِ تَرَكنَاهُ وَفِيمَا تَعَارَضَا فِيهِ حَفِظنَاهُ؛ وَلأَنَّهُ قَد يُستَقَى مِن العَطَنِ بِالنَّاضِحِ وَمِن بِئرِ النَّاضِحِ بِاليَدِ فَاستَوَت الحَاجَةُ فِيهِمَا، وَيُمكِنُهُ أَن يُدِيرَ البَعِيرَ حَولَ البِئرِ فَلا يَحتَاجُ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ.

قَالَ (وَإِن كَانَت عَينًا فَحَرِيمُهَا خَمسمِائَةِ ذِرَاعٍ) لِمَا رَوَينَا، وَلأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ؛ لأَنَّ العَينَ تُستَخرَجُ لِلزِّرَاعَةِ فَلا بُدَّ مِن مَوضِعٍ يَجرِي فِيهِ المَاءُ وَمِن حَوضٍ يَجتَمِعُ فِيهِ المَاءُ.

وَمِن مَوضِعٍ يُجرَى فِيهِ إِلَى المَزرَعَةِ فَلِهَذَا يُقَدَّرُ بِالزِّيَادَةِ، وَالتَّقدِيرُ بِخَمسمِائَةٍ بِالتَّوقِيفِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ خَمسُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِن كُلِّ جَانِبٍ كَمَا ذَكَرنَا فِي العَطَنِ، وَالذِّرَاعُ هِيَ المُكَسَّرَةُ وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

وَقِيلَ إِنَّ التَّقدِيرَ فِي العَينِ وَالبِئرِ بِمَا ذَكَرنَاهُ فِي أَرَاضِيهِم لِصَلابَةٍ بِهَا وَفِي أَرَاضِينَا رَخَاوَةٌ فَيُزَادُ كَي لا يَتَحَوَّلَ المَاءُ إِلَى الثَّانِي فَيَتَعَطَّلَ الأَوَّلُ. قَالَ (فَمَن أَرَادَ أَن

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٦٠٨): غريب.

يَحفِرَ فِي حَرِيمِهَا مُنِعَ مِنهُ) كَي لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفوِيتِ حَقِّهِ وَالإِخلال بِهِ، وَهَذَا لأَنَّهُ بِالحَفرِ مَلَكَ الحَرِيمَ ضَرُورَةَ تُمَكِّنُهُ مِن الانتِفَاعِ بِهِ فَلَيس لغَيرِهِ أَن يَتَصَرَّفَ فِي مِلكِهِ؛ فَإِن احتَفَرَ آخَرُ بِئرًا فِي حَرِيمِ الأَوَّل للأَوَّل أَن يُصلحهُ وَيَكبِسَهُ تَبرُّعًا، وَلَو أَرَادَ أَخذَ الثَّانِي فِيهِ قِيلَ: لَهُ أَن يَأخُذَهُ وَيَكبِسَهُ؛ لأَنَّ إِزَالَةَ جِنَايَةِ حَفره بِهِ كَمَا فِي الكُنَاسَةِ يُلقِيهَا فِي دَارِ غَيرِهِ فَإِنَّهُ يُؤخَذُ بِرَفعِهَا، وَقِيلَ يُضَمِّنُهُ النُّقصَانَ ثُمَّ يَكبِسُهُ بِنَفسِهِ كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيرِهِ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ذَكَرَهُ فِي أَدَبِ القَاضِي للخَصَّافِ.

وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعرِفَةِ النُّقصَانِ، وَمَا عَطِبَ فِي الأَوَّل فَلا ضَمَانَ فِيهِ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ، إن كَانَ بِإِذنِ الإِمَامِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِن كَانَ بِغَيرِ إِذنِهِ عِندَهُمَا. وَالعُذرُ لأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ جَعَلَ فِي الحَفرِ تَحجِيرًا وَهُوَ بِسَبِيلٍ مِنهُ بِغَيرِ إِذنِ الإِمَامِ، وَإِن كَانَ لا يَملِكُهُ بِدُونِهِ، وَمَا عَطِبَ فِي الثَّانِيَةِ فَفِيهِ الضَّمَانُ؛ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ حَيثُ حَفَرَ فِي مِلكِ غَيرِهِ.

وَإِن حَفَرَ الثَّانِي بِئرًا وَرَاءَ حَرِيمِ الأَوَّل فَذَهَبَ مَاءُ البِئرِ الأَوَّل فَلا شَيءَ عَلَيهِ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ فِي حَفرِهَا، وَللثَّانِي الحَرِيمُ مِن الجَوَانِبِ الثَّلاثَةِ دُونَ الجَانِبِ الأَوَّل لسَبقِ مِلكِ الحَافِرِ الأَوَّل فِيهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (قِيلَ الأَرْبَعُونَ مِنْ كُلِّ الجَوَانِبِ) يَعْنِي يَكُونُ فِي كُلِّ جَانِبٍ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ لظَاهِرِ قَوْلِهِ ﷺ **«مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِه»** فَإِنَّهُ بِظَاهِرِهِ يَجْمَعُ الجَوَانِبَ الأَرْبَعَ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ الحَرِيمِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ صَاحِبِ البِئْرِ الأُولَى كَيْ لا يَحْفِرَ بِحَرِيمِهِ أَحَدٌ بِئْرًا أُخْرَى فَيَتَحَوَّلَ إِلَيْهَا مَاءُ بِئْرِهِ، وَهَذَا الضَّرَرُ لا يَنْدَفِعُ بِعَشَرَةِ أَذْرُعٍ " مِنْ " كُلِّ جَانِبٍ بِيَقِينٍ، فَإِنَّ الأَرَاضِيَ تَخْتَلِفُ فِي الصَّلابَةِ وَالرَّخَاوَةِ، وَفِي مِقْدَارِ أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ يَتَيَقَّنُ بِدَفْعِ الضَّرَرِ.

وَالنَّاضِحُ: البَعِيرُ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ مَا رَوَيْنَا) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ **«مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ»** يَعْنِي بَيْنَ العَطَنِ وَالنَّاضِحِ، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ مُقَيَّدٌ بِقَوْلِهِ عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ، فَيَكُونُ قَدْ فَصَلَ بَيْنَ العَطَنِ وَالنَّاضِحِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذِكْرَ ذَلِكَ اللَّفْظِ لِلتَّغْلِيبِ لا لِلتَّقْيِيدِ، فَإِنَّ الغَالِبَ فِي انْتِفَاعِ الآبَارِ

فِي الفَلَوَات هَذَا الطَّرِيقُ فَيَكُونُ ذِكْرُ العَطَنِ ذِكْرًا لِجَمِيعِ الانْتِفَاعَاتِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة:٩] قَيَّدَ بِالبَيْعِ لِمَا أَنَّ الغَالِبَ فِي ذَلِكَ اليَوْمِ البَيْعُ، وَكَذَلِكَ قَوْلُه تَعَالَى ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] وَالوَعِيدُ لَيْسَ بِمَخْصُوصٍ بِالأَكْلِ، وَلَكِنَّ الغَالِبَ مِنْ أَمْرِهِ الأَكْلُ فَأَخْرَجَهُ عَلَى مَا عَلَيْهِ الغَالِبُ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: حَدَّثَنَا أَشْعَبُ بْنُ سَوَّارٍ عَنْ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قَالَ: حَرِيمُ البِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ هَاهُنَا وَهَاهُنَا وَهَهُنَا وَهَهُنَا لا يَدْخُلُ عَلَيْهِ أَحَدٌ فِي حَرِيمِهِ وَفِي مَائِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَالعَامُّ المُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " مَنْ حَفَرَ بِئْرًا " لأَنَّ كَلِمَةَ " مَنْ " تُفِيدُ العُمُومَ (أَوْلَى عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مِنْ الخَاصِّ المُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ) يُرِيدُ بِهِ حَدِيثَ الزُّهْرِيِّ: «**حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ، وَحَرِيمُ البِئْرِ العَطَنُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا**».

وَرُدَّ عُمُومُ الأَوَّلِ بِأَنَّ مَعْنَاهُ: مَنْ **حَفَرَ بِئْرًا لِلعَطَنِ** فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَهُوَ خَاصٌّ بِالعَطَنِ كَمَا تَرَى.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَطَنًا لَيْسَ صِفَةً لِبِئْرٍ حَتَّى يَكُونَ مُخَصِّصًا، وَإِنَّمَا هُوَ بَيَانُ الحَاجَةِ إِلَى الأَرْبَعِينَ لِيَكُونَ دَافِعًا لِمُقْتَضَى القِيَاسِ، فَإِنَّهُ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ؛ لأَنَّ عَمَلَ الحَافِرِ فِي مَوْضِعِ الحَفْرِ وَاسْتِحْقَاقُهُ بِالعَمَلِ، فَفِي مَوْضِعِ الحَفْرِ اسْتِحْقَاقُهُ لَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِهِ، فَإِنْ قِيلَ: فَاتْرُكْهُ فِي النَّاضِحِ أَيْضًا لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ لِئَلا يَلْزَمَ التَّحَكُّمُ.

قُلْنَا: حَدِيثُهُ فِيهِ مُعَارَضٌ بِالعُمُومِ فَيَجِبُ المَصِيرُ إِلَى مَا بَعْدَهُ وَهُوَ القِيَاسُ فَحَفِظْنَاهُ. وَقَوْلُهُ لِمَا رَوَيْنَا إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ**» وَقَوْلُهُ (وَالذِّرَاعُ هِيَ المُكَسَّرَةُ) يَعْنِي أَنْ يَكُونَ سِتَّ قَبَضَاتٍ وَهُوَ ذِرَاعُ العَامَّةِ، وَإِنَّمَا وُصِفَتْ بِذَلِكَ لأَنَّهَا نَقَصَتْ عَنْ ذِرَاعِ المَلِكِ وَهُوَ بَعْضُ الأَكَاسِرَةِ بِقَبْضَةٍ، وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ مِنْ قَوْلِهِ بِذِرَاعِ الكِرْبَاسِ تَوْسِعَةً عَلَى النَّاسِ فَإِنَّهَا هِيَ المُكَسَّرَةُ.

قَالَ (فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا يُمْنَعُ مِنْهُ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَنْ يَطِمَّهُ)

أَيْ يُصْلِحَهُ وَيَكْبِسَهُ مِنْ بَابِ: أَعْجَبَنِي زَيْدٌ وَكَرْمُهُ فِي كَوْنِ العَطْفِ للتَّفْسِيرِ فَإِنَّ إِصْلاحَهُ كَبْسُهُ. قَوْلُهُ (وَذَكَرَ طَرِيقَةَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ) وَهُوَ أَنْ يَقُومَ الأَوَّلُ قَبْلَ حَفْرِ الثَّانِيَةِ وَبَعْدَهُ فَيَضْمَنُ نُقْصَانَ مَا بَيْنَهُمَا.

وَالقَنَاةُ: مَجْرَى المَاءِ تَحْتَ الأَرْضِ تُسَمَّى بِالفَارِسِيَّةِ كارِيز.

(**وَالقَنَاةُ لَهَا حَرِيمٌ بِقَدْرِ مَا يُصْلِحُهَا**) وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البِئْرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ. وَقِيلَ هُوَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ لا حَرِيمَ لَهَا مَا لَمْ يَظْهَرْ المَاءُ عَلَى الأَرْضِ؛ لأَنَّهُ نَهْرٌ فِي التَّحْقِيقِ فَيُعْتَبَرُ بِالنَّهْرِ الظَّاهِرِ.

قَالُوا: وَعِندَ ظُهُورِ المَاءِ عَلَى الأَرضِ هُوَ بِمَنزِلَةِ عَينٍ فَوَّارَةٍ فَيُقَدَّرُ حَرِيمُهُ بِخَمسِمِائَةِ ذِرَاعٍ (وَالشَّجَرَةُ تُغرَسُ فِي أَرضٍ مَوَاتٍ لَهَا حَرِيمٌ أَيضًا حَتَّى لَم يَكُن لِغَيرِهِ أَن يَغرِسَ شَجَرًا فِي حَرِيمِهَا)؛ لأَنَّهُ يَحتَاجُ إِلَى حَرِيمٍ لَهُ يَجِدُ فِيهِ ثَمَرَهُ وَيَضَعُهُ فِيهِ وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمسَةِ أَذرُعٍ مِن كُلِّ جَانِبٍ، بِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ «**أَنَّ رَجُلا غَرَسَ شَجَرَةً فِي أَرْضِ فَلاةٍ فَجَاءَ آخَرُ فَأَرَادَ أَنْ يَغْرِسَ شَجَرَةً أُخْرَى بِجَنْبِ شَجَرَتِهِ**، فَشَكَا صَاحِبُ الشَّجَرَةِ الأُولَى إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَجَعَلَ لَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مِنْ الحَرِيمِ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ وَأَطْلَقَ للآخَرِ فِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ» وَهُوَ حَدِيثٌ مَشْهُورٌ ذَكَرَهُ شَيْخُ الإِسْلامِ فِي مَبْسُوطِهِ.

قَالَ (**وَمَا تَرَكَ الفُرَاتُ أَوْ الدِّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ المَاءُ وَيَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ** لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ) لِحَاجَةِ العَامَّةِ إِلَى كَوْنِهِ نَهْرًا (وَإِنْ كَانَ لا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ فَهُوَ كَالمَوَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ)؛ لأَنَّهُ لَيْسَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ، لأَنَّ قَهْرَ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ وَهُوَ اليَوْمَ فِي يَدِ الإِمَامِ.

قَالَ (وَمَن كَانَ لَهُ نَهرٌ فِي أَرضِ غَيرِهِ فَلَيسَ لَهُ حَرِيمٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلا أَن يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَقَالا: لَهُ مُسنَاةُ النَّهرِ يَمشِي عَلَيهَا وَيُلقِي عَلَيهَا طِينَهُ) قِيلَ هَذِهِ المَسأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَن حَفَرَ نَهرًا فِي أَرضٍ مَوَاتٍ بِإِذنِ الإِمَامِ لا يَستَحِقُّ الحَرِيمَ عِندَهُ. وَعِندَهُمَا يَستَحِقُّهُ؛ لأَنَّ النَّهرَ لا يُنتَفَعُ بِهِ إِلا بِالحَرِيمِ لِحَاجَتِهِ إِلَى المَشيِ لِتَسيِيلِ المَاءِ، وَلا يُمكِنُهُ المَشيُ عَادَةً فِي بَطنِ النَّهرِ وَإِلَى إِلقَاءِ الطِّينِ، وَلا يُمكِنُهُ النَّقلُ إِلَى مَكَانٍ بَعِيدٍ

إلا بِحَرَجٍ فَيَكُونُ لَهُ الحَرِيمُ اعتِبَارًا بِالبِئرِ.

وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرنَاهُ، وَفِي البِئرِ عَرَفنَاهُ بِالأَثَرِ، وَالحَاجَةُ إِلَى الحَرِيمِ فِيهِ فَوقَهَا إِلَيهِ فِي النَّهرِ؛ لأَنَّ الانتِفَاعَ بِالمَاءِ فِي النَّهرِ مُمكِنٌ بِدُونِ الحَرِيمِ، وَلا يُمكِنُ فِي البِئرِ إلا بِالاستِقَاءِ وَلا استِقَاءَ إلا بِالحَرِيمِ فَتَعَذَّرَ الإِلحَاقُ.

وَوَجهُ البِنَاءِ أَنَّ بِاستِحقَاقِ الحَرِيمِ تَثبُتُ اليَدُ عَلَيهِ اعتِبَارًا تَبَعًا لِلنَّهرِ، وَالقَولُ لِصَاحِبِ اليَدِ، وَبِعَدَمِ استِحقَاقِهِ تَنعَدِمُ اليَدُ، وَالظَّاهِرُ يَشهَدُ لِصَاحِبِ الأَرضِ عَلَى مَا نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِن كَانَت مَسأَلَةً مُبتَدَأَةً فَلَهُمَا أَنَّ الحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهرِ بِاستِمسَاكِهِ المَاءَ بِهِ، وَلِهَذَا لا يَملِكُ صَاحِبُ الأَرضِ نَقضَهُ.

وَلَهُ أَنَّهُ أَشبَهُ بِالأَرضِ صُورَةً وَمَعنًى، أَمَّا صُورَةً فَلاستِوَائِهِمَا، وَمَعنًى مِن حَيثُ صَلاحِيَّتُهُ لِلغَرسِ وَالزِّرَاعَةِ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لِمَن فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشبَهُ بِهِ.

كَاثنَينِ تَنَازَعَا فِي مِصرَاعِ بَابٍ لَيسَ فِي يَدِهِمَا، وَالمِصرَاعُ الآخَرُ مُعَلَّقٌ عَلَى بَابِ أَحَدِهِمَا يُقضَى لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشبَهُ بِالمُتَنَازَعِ فِيهِ، وَالقَضَاءُ فِي مَوضِعِ الخِلافِ قَضَاءُ تَركٍ، وَلا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ استِمسَاكُ المَاءِ إِنَّمَا النِّزَاعُ فِيمَا وَرَاءَهُ مِمَّا يَصلُحُ لِلغَرسِ، عَلَى أَنَّهُ إن كَانَ مُستَمسِكًا بِهِ مَاءُ نَهرِهِ فَالآخَرُ دَافِعٌ بِهِ المَاءَ عَن أَرضِهِ، وَالمَانِعُ مِن نَقضِهِ تَعَلُّقُ حَقِّ صَاحِبِ النَّهرِ لا مِلكُهُ.

كَالحَائِطِ لِرَجُلٍ وَلآخَرَ عَلَيهِ جُذُوعٌ لا يَتَمَكَّنُ مِن نَقضِهِ وَإِن كَانَ مِلكَهُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ نَهرٌ لِرَجُلٍ إِلَى جَنبِهِ مُسَنَّاةٌ وَلآخَرَ خَلفَ المُسَنَّاةِ أَرضٌ تَلزَقُهَا، وَلَيسَت المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الأَرضِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَالا: هِيَ لِصَاحِبِ النَّهرِ حَرِيمًا لِمُلقَى طِينِهِ وَغَيرِ ذَلِكَ. وَقَولُهُ وَلَيسَت المُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا مَعنَاهُ: لَيسَ لأَحَدِهِمَا عَلَيهِ غَرسٌ وَلا طِينٌ مُلقًى فَيَنكَشِفُ بِهَذَا اللَّفظِ مَوضِعُ الخِلافِ، أَمَّا إذَا كَانَ لأَحَدِهِمَا عَلَيهِ ذَلِكَ فَصَاحِبُ الشُّغلِ أَولَى، لأَنَّهُ صَاحِبُ يَدٍ.

وَلَو كَانَ عَلَيهِ غَرسٌ لا يُدرَى مَن غَرَسَهُ فَهُوَ مِن مَوَاضِعِ الخِلافِ أَيضًا. وَثَمَرَةُ الاختِلافِ أَنَّ وِلايَةَ الغَرسِ لِصَاحِبِ الأَرضِ عِندَهُ وَعِندَهُمَا لِصَاحِبِ النَّهرِ. وَأَمَّا إِلقَاءُ الطِّينِ فَقَد قِيلَ إِنَّهُ عَلَى الخِلافِ، وَقِيلَ إِنَّ لِصَاحِبِ النَّهرِ ذَلِكَ مَا لَم يُفحِش.

وَأَمَّا المُرُورُ فَقَد قِيلَ يُمنَعُ صَاحِبُ النَّهرِ عِندَهُ، وَقِيلَ لا يُمنَعُ لِلضَّرُورَةِ. قَالَ

الفَقِيهُ أَبُو جَعفَرٍ: آخُذُ بِقَولِهِ فِي الغَرسِ وَبِقَولِهِمَا فِي إلقَاءِ الطِّينِ. ثُمَّ عَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرِيمَهُ مِقدَارُ نِصفِ النَّهرِ مِن كُلِّ جَانِبٍ، وَعَن مُحَمَّدٍ مِقدَارُ بَطنِ النَّهرِ مِن كُلِّ جَانِبٍ. وَهَذَا أَرفَقُ بِالنَّاسِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ) ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: لَوْ أَنَّ نَهْرًا لِرَجُلٍ وَأَرْضًا عَلَى شَاطِئِ النَّهْرِ لآخَرَ فَتَنَازَعَا فِي الْمُسَنَّاةِ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ الأَرْضِ وَبَيْنَ النَّهْرِ حَائِلٌ كَالحَائِطِ وَنَحْوِهِ فَالْمُسَنَّاةُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ وَلِصَاحِبِ النَّهْرِ فِيهَا حَقٌّ، حَتَّى إِنَّ صَاحِبَ الأَرْضِ إِذَا أَرَادَ رَفْعَهَا: أَيْ هَدْمَهَا كَانَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ مَنْعُهُ مِنْ ذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الْمُسَنَّاةُ لِصَاحِبِ النَّهْرِ.

وَذَكَرَ فِي كَشْفِ الغَوَامِضِ أَنَّ الاخْتِلافَ فِي نَهْرٍ كَبِيرٍ لا يُحْتَاجُ إِلَى كَرْبِهِ فِي كُلِّ حِينٍ، أَمَّا الأَنْهَارُ الصِّغَارُ الَّتِي يُحْتَاجُ إِلَى كَرْبِهَا فِي كُلِّ وَقْتٍ فَلَهَا حَرِيمٌ بِالاتِّفَاقِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي النِّهَايَةِ. وَظَاهِرُ كَلامِ الْمُصَنِّفِ يُنَافِيهِ وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ لَهُ حَرِيمٌ اعْتِبَارًا بِالبِئْرِ) يَعْنِي بِجَامِعِ الاحْتِيَاجِ فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ الحَاجَةَ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي النَّهْرِ كَهِيَ فِي البِئْرِ وَالعَيْنِ فَيَتَعَدَّى الحُكْمُ مِنْهُمَا إِلَيْهِ (وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ وَلأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ إِلَى آخِرِهِ.

وَفِي البِئْرِ عَرَفْنَاهُ بِالأَثَرِ فَكَانَ الحُكْمُ مَعْدُولا بِهِ عَنْ القِيَاسِ فِي الأَصْلِ فَلا يَصِحُّ تَعْدِيَتُهُ، وَقَوْلُهُ (وَالحَاجَةُ إِلَى الحَرِيمِ فِيهِ) أَيْ فِي البِئْرِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ هَبْ أَنَّهُ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ فَلْيَلْحَقْ بِهِ بِالدَّلالَةِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الإِلحَاقَ بِالدَّلالَةِ إِنَّمَا يَكُونُ لِلأَعْلَى بِالأَدْنَى أَوْ الْمُسَاوِي، وَالأَمْرُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ الحَاجَةَ إِلَى الحَرِيمِ فِيهِ: أَيْ فِي البِئْرِ بِمَعْنَى القَلِيبِ فَوْقَ الحَاجَةِ إِلَيْهِ فِي النَّهْرِ، لأَنَّ الانْتِفَاعَ بِالْمَاءِ فِي النَّهْرِ مُمْكِنٌ بِدُونِ الحَرِيمِ، وَلا يُمْكِنُ فِي البِئْرِ إلا بِالاسْتِقَاءِ، وَلا اسْتِقَاءَ إلا بِالحَرِيمِ فَتَعَذَّرَ الإِلحَاقُ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ البِنَاءِ، إِلَى قَوْلِهِ: وَالقَوْلُ لِصَاحِبِ اليَدِ) مِنْ جِهَتِهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَلِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ إِلَى آخِرِهِ) مِنْ جِهَةِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَوْلُهُ (أَمَّا صُورَةً فَلاسْتِوَائِهِمَا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الخِلافَ فِيمَا إِذَا لَمْ

تَكُنْ الْمُسَنَّاةُ مُرْتَفِعَةً عَنْ الأَرْضِ، فَأَمَّا إذَا كَانَتْ الْمُسَنَّاةُ أَرْفَعَ مِنْ الأَرْضِ فَهِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ، لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ ارْتِفَاعَهُ لإِلْقَاءِ طِينِهِ. وَقَوْلُهُ (يُقْضَى لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِالْمُتَنَازَعِ فِيهِ) هُوَ الْمَوْعُودُ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَالقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الخِلافِ) أَيْ فِي مَسْأَلَةِ مَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ قَضَاءُ تَرْكٍ لا قَضَاءُ مِلْكٍ، فَلَوْ أَقَامَ صَاحِبُ النَّهْرِ البَيِّنَةَ بَعْدَ هَذَا عَلَى أَنَّ الْمُسَنَّاةَ مِلْكُهُ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءَ مِلْكٍ لَمَا قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ لأَنَّ الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ فِي حَادِثَةٍ قَضَاءَ مِلْكٍ لا يَصِيرُ مَقْضِيًّا لَهُ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَلا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ الْمَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إنَّ الحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهْرِ بِإِمْسَاكِ الْمَاءِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَانِعُ مِنْ نَقْضِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ صَاحِبُ الأَرْضِ نَقْضَهُ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لأَنَّهُ يَتَبَيَّنُ بِهَا مَوْضِعُ الخِلافِ. وَقَوْلُهُ (لَيْسَ لأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الْمُسَنَّاةِ بِتَأْوِيلِ الحَرِيمِ.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

(وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نَهرٌ أَو بِئرٌ أَو قَنَاةٌ فَلَيسَ لَهُ أَن يَمنَعَ شَيئًا مِن الشَّفَةِ، وَالشَّفَةُ الشُّربُ لِبَنِي آدَمَ وَالبَهَائِمِ) اعلَم أَنَّ المِيَاهَ أَنوَاعٌ: مِنهَا مَاءُ البِحَارِ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِن النَّاسِ فِيهَا حَقُّ الشَّفَةِ وَسَقيِ الأَرَاضِي، حَتَّى إنَّ مَن أَرَادَ أَن يَكرِيَ نَهرًا مِنهَا إلَى أَرضِهِ لَم يُمنَع مِن ذَلِكَ، وَالانتِفَاعُ بِمَاءِ البَحرِ كَالانتِفَاعِ بِالشَّمسِ وَالقَمَرِ وَالهَوَاءِ فَلا يُمنَعُ مِن الانتِفَاعِ بِهِ عَلَى أَيِّ وَجهٍ شَاءَ، وَالثَّانِي مَاءُ الأَودِيَةِ العِظَامِ كَجَيحُونَ وَسَيحُونَ وَدِجلَةَ وَالفُرَاتِ لِلنَّاسِ فِيهِ حَقُّ الشَّفَةِ عَلَى الإِطلاقِ وَحَقُّ سَقيِ الأَرَاضِي، فَإِن أَحيَا وَاحِدٌ أَرضًا مَيتَةً وَكَرَى مِنهُ نَهرًا لِيَسقِيَهَا.

إن كَانَ لا يَضُرُّ بِالعَامَّةِ وَلا يَكُونُ النَّهرُ فِي مِلكِ أَحَدٍ لَهُ ذَلِكَ؛ لأَنَّهَا مُبَاحَةٌ فِي الأَصلِ إذ قَهرُ المَاءِ يَدفَعُ قَهرَ غَيرِهِ، وَإِن كَانَ يَضُرُّ بِالعَامَّةِ فَلَيسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لأَنَّ دَفعَ الضَّرَرِ عَنهُم وَاجِبٌ، وَذَلِكَ فِي أَن يَمِيلَ المَاءُ إلَى هَذَا الجَانِبِ إذَا انكَسَرَت ضِفَّتُهُ فَيُغرِقَ القُرَى وَالأَرَاضِيَ، وَعَلَى هَذَا نَصبُ الرَّحَى عَلَيهِ؛ لأَنَّ شَقَّ النَّهرِ لِلرَّحَى كَشَقِّهِ لِلسَّقيِ بِهِ.

وَالثَّالِثُ إذَا دَخَلَ المَاءُ فِي المَقَاسِمِ فَحَقُّ الشَّفَةِ ثَابِتٌ. وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ

الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ: المَاءِ، وَالكَلإِ، وَالنَّارِ»(١) وَأَنَّهُ يَنتَظِمُ الشِّربَ، وَالشِّربُ خُصَّ مِنهُ الأَوَّلُ وَبَقِيَ الثَّانِي وَهُوَ الشَّفَةُ، وَلأَنَّ البِئرَ وَنَحوَهَا مَا وُضِعَ للإِحرَازِ.

وَلا يُملَكُ المُبَاحُ بِدُونِهِ كَالظَّبيِ إِذَا تَكَنَّسَ فِي أَرضِهِ، وَلأَنَّ فِي إِبقَاءِ الشَّفَةِ ضَرُورَةً؛ لأَنَّ الإِنسَانَ لا يُمكِنُهُ استِصحَابُ المَاءِ إِلَى كُلِّ مَكَانٍ وَهُوَ مُحتَاجٌ إِلَيهِ لِنَفسِهِ وَظَهرِهِ؛ فَلَو مُنِعَ عَنهُ أَفضَى إِلَى حَرَجٍ عَظِيمٍ، وَإِن أَرَادَ رَجُلٌ أَن يَسقِيَ بِذَلِكَ أَرضًا أَحيَاهَا كَانَ لأَهلِ النَّهرِ أَن يَمنَعُوهُ عَنهُ أَضَرَّ بِهِم أَو لَم يَضُرَّ؛ لأَنَّهُ حَقٌّ خَاصٌّ لَهُم وَلا ضَرُورَةَ. وَلأَنَّا لَو أَبَحنَا ذَلِكَ لانقَطَعَت مَنفَعَةُ الشِّربِ.

وَالرَّابِعُ: المَاءُ المُحَرَّزُ فِي الأَوَانِي وَأَنَّهُ صَارَ مَملُوكًا لَهُ بِالإِحرَازِ، وَانقَطَعَ حَقُّ غَيرِهِ عَنهُ كَمَا فِي الصَّيدِ المَأخُوذِ، إِلا أَنَّهُ بَقِيَت فِيهِ شُبهَةُ الشَّرِكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ مَا رَوَينَا، حَتَّى لَو سَرَقَهُ إِنسَانٌ فِي مَوضِعٍ يَعِزُّ وُجُودُهُ وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابًا لَم تُقطَع يَدُهُ.

وَلَو كَانَ البِئرُ أَو العَينُ أَو الحَوضُ أَو النَّهرُ فِي مِلكِ رَجُلٍ لَهُ أَن يَمنَعَ مَن يُرِيدُ الشَّفَةَ مِن الدُّخُولِ فِي مِلكِهِ إِذَا كَانَ يَجِدُ مَاءً آخَرَ يَقرُبُ مِن هَذَا المَاءِ فِي غَيرِ مِلكِ أَحَدٍ، وَإِن كَانَ لا يَجِدُ يُقَالُ لِصَاحِبِ النَّهرِ: إِمَّا أَن تُعطِيَهُ الشَّفَةَ أَو تَترُكَهُ يَأخُذُ بِنَفسِهِ بِشَرطِ أَن لا يَكسِرَ ضِفَّتَهُ، وَهَذَا مَروِيٌّ عَن الطَّحَاوِيِّ، وَقِيلَ مَا قَالَهُ صَحِيحٌ فِيمَا إِذَا احتَفَرَ فِي أَرضٍ مَملُوكَةٍ لَهُ.

أَمَّا إِذَا احتَفَرَهَا فِي أَرضِ مَوَاتٍ فَلَيسَ لَهُ أَن يَمنَعَهُ؛ لأَنَّ المَوَاتَ كَانَ مُشتَرَكًا وَالحَفرُ لإِحيَاءِ حَقٍّ مُشتَرَكٍ فَلا يَقطَعُ الشَّرِكَةَ فِي الشَّفَةِ، وَلَو مَنَعَهُ عَن ذَلِكَ، وَهُوَ يَخَافُ عَلَى نَفسِهِ أَو ظَهرِهِ العَطَشَ لَهُ أَن يُقَاتِلَهُ بِالسِّلاحِ لأَنَّهُ قَصَدَ إِتلافَهُ بِمَنعِ حَقِّهِ وَهُوَ الشَّفَةُ، وَالمَاءُ فِي البِئرِ مُبَاحٌ غَيرُ مَملُوكٍ، بِخِلافِ المَاءِ المُحَرَّزِ فِي الإِنَاءِ حَيثُ يُقَاتِلُهُ بِغَيرِ السِّلاحِ؛ لأَنَّهُ قَد مَلَكَهُ، وَكَذَا الطَّعَامُ عِندَ إِصَابَةِ المَخمَصَةِ، وَقِيلَ فِي البِئرِ وَنَحوِهَا الأَولَى أَن يُقَاتِلَهُ بِغَيرِ السِّلاحِ بِعَصًا؛ لأَنَّهُ ارتَكَبَ مَعصِيَةً فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ التَّعزِيرِ لَهُ؛ وَالشَّفَةُ إِذَا كَانَ يَأتِي عَلَى المَاءِ كُلِّهِ بِأَن كَانَ جَدوَلا صَغِيرًا.

وَفِيمَا يَرِدُ مِن الإِبِلِ وَالمَوَاشِي كَثرَةٌ يَنقَطِعُ المَاءُ بِشُربِهَا قِيلَ لا يُمنَعُ مِنهُ؛ لأَنَّ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٧٧)، وأحمد (٥/٣٦٤)، وانظر نصب الراية (٤/٦١٢).

الإبِلَ لا تَرِدُهُ فِي كُلِّ وَقتٍ وَصارَ كَالمُيَاوَمَةِ وَهُوَ سَبِيلٌ فِي قِسمَةِ الشِّربِ.

وَقِيلَ لَهُ أَن يَمنَعَ اعتِبَارًا: بِسَقيِ المَزَارِعِ وَالمَشَاجِرِ وَالجَامِعُ تَفوِيتُ حَقِّهِ، وَلَهُم أَن يَأخُذُوا المَاءَ مِنهُ لِلوُضُوءِ وَغَسلِ الثِّيَابِ فِي الصَّحِيحِ؛ لأَنَّ الأَمرَ بِالوُضُوءِ وَالغُسلِ فِيهِ كَمَا قِيلَ يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ وَهُوَ مَدفُوعٌ.

وَإِن أَرَادَ أَن يَسقِيَ شَجَرًا أَو خَضِرًا فِي دَارِهِ حَملا بِجِرَارِهِ لَهُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ؛ لأَنَّ النَّاسَ يَتَوَسَّعُونَ فِيهِ وَيَعُدُّونَ المَنعَ مِنَ الدَّنَاءَةِ، وَلَيسَ لَهُ أَن يَسقِيَ أَرضَهُ وَنَخلَهُ وَشَجَرَهُ مِن نَهرِ هَذَا الرَّجُلِ وَبِئرِهِ وَقَنَاتِهِ إِلا بِإِذنِهِ نَصًّا، وَلَهُ أَن يَمنَعَهُ مِن ذَلِكَ؛ لأَنَّ المَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي المَقَاسِمِ انقَطَعَت شِركَةُ الشِّربِ بِوَاحِدَةٍ؛ لأَنَّ فِي إِبقَائِهِ قَطعَ شِربَ صَاحِبِهِ، وَلأَنَّ المَسِيلَ حَقُّ صَاحِبِ النَّهرِ.

وَالضَّفَّةِ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّهُ فَلا يُمكِنُهُ التَّسِيِيلُ فِيهِ وَلا شَقُّ الضَّفَّةِ، فَإِن أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهُ فِي ذَلِكَ أَو أَعَارَهُ فَلا بَأسَ بِهِ؛ لأَنَّهُ حَقُّهُ فَتُجرَى فِيهِ الإِبَاحَةُ كَالمَاءِ المُحَرَّزِ فِي إِنَائِهِ.

الشرح:

(فُصُولٌ فِي مَسَائِل الشُّرْبِ) (فَصْلٌ فِي المِيَاه) لَمَّا فَرَغَ مِنْ إحْيَاءِ المَوَات ذَكَرَ مَا يَتَعَلَّقُ به مِنْ مَسَائِل الشُّرْب، لأَنَّ إحْيَاءَ المَوَات يَحْتَاجُ إِلَيْه، وَقَدَّمَ فَصْلَ المِيَاه عَلَى فَصْل الكَرْي لأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ المَاءُ. وَالشَّفَةُ أَصْلُهَا شَفَهَةٌ أُسْقِطَتْ الهَاءُ تَخْفِيفًا، وَالمُرَادُ بِهَا هَاهُنَا الشُّرْبُ بِالشِّفَاه.

وَجَيْحُونُ: نَهْرُ خُوَارِزْمَ وَسَيْحُونُ: نَهْرُ التُّرْك. وَدِجْلَةُ نَهْرُ بَغْدَادَ: وَالفُرَاتُ نَهْرُ الكُوفَة: وَضِفَّةُ النَّهْرِ بِالكَسْرِ وَالفَتْحِ: حَافَّتُهُ وَأَنَّثَ ثَلاث فِي قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاث**» لأَنَّ الفَصِيحَ فِي الكَلامِ إذَا لَمْ يُذْكَرْ المَعْدُودُ أَنْ يُذْكَرَ عَلَى لَفْظِ المُؤَنَّث نَظَرًا إِلَى لَفْظِ الأَعْدَاد، وَمِثْلُهُ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَأَتْبَعَهُ بِستٍّ مِنْ شَوَّال**» الحَدِيثَ. وَالصَّوْمُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي الأَيَّامِ لا فِي اللَّيَالِي.

وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَذْكُرْ المَعْدُودَ وَهُوَ الأَيَّامُ أَنَّثَهُ. وَقَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " شُرَكَاءُ " يُرِيدُ بِهِ الإِبَاحَةَ فِي المَاءِ الَّذي لَمْ يُحْرَزْ نَحْوُ الحِيَاضِ وَالعُيُون وَالآبَارِ وَالأَنْهَارِ.

وَأَمَّا الكَلأُ وَهُوَ مَا لا سَاقَ لَهُ فَإِمَّا أَنْ يَنْبُتَ فِي أَرْضِ شَخْصٍ أَوْ أَنْبَتَهُ فِيهَا بِكَرْيِ الأَرْضِ وَسَقْيِهَا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَانَ مُبَاحًا للنَّاسِ إلا أَنَّ أَحَدًا لا يَدْخُلُ مِلكَهُ إلا بِإِذْنِه، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ المَوْضِعِ؛ فَإِمَّا أَنْ يَخْرُجَ لَهُ صَاحِبُ الأَرْضِ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ بِالدُّخُول، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يَنْتَفِعَ بِشَيْءٍ مِنْهُ إلا بِرِضَاهُ لأَنَّهُ حَصَلَ بِكَسْبِه وَالكَسْبُ للمُكْتَسِب.

وَأَمَّا النَّارُ فَمَنْ **أَوْقَدَ نَارًا فِي أَرْضٍ فَلَيْسَ لأَحَد فِيهَا حَقٌّ** فَلَهُمْ أَنْ يَنْتَفِعُوا بِنَارِه مِنْ حَيْثُ الاصْطِلاءُ بِهَا وَتَجْفِيفُ الثِّيَابِ وَأَنْ يَعْمَلَ بِضَوْئِهَا، وَأَمَّا إذَا أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ الجَمْرَ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إلا بِرِضَاهُ، لأَنَّ ذَلِكَ فَحْمٌ أَوْ حَطَبٌ قَدْ أَحْرَزَهُ المُوقِدُ لَيْسَ مِمَّا تَثْبُتُ فِيه الشَّرِكَةُ.

وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيه شُبْهَةُ الشَّرِكَة نَظَرًا إِلَى الدَّلِيل) يُرِيدُ بِه قَوْلَهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ **«النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاث»** وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ لَمْ يُقْطَعْ) اُعْتُرِضَ عَلَيْه بِأَنَّهُ عَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ لا يُقْطَعَ فِي الأَشْيَاءِ كُلِّهَا، لأَنَّ قَوْله تَعَالَى ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ [البقرة: ٢٩] يُورِثُ الشُّبْهَةَ بِهَذَا الطَّرِيقِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ العَمَلَ بِالحَدِيث يُوَافِقُ العَمَلَ بِقَوْله تَعَالَى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ الآيَةَ، وَلا يَلزَمُ بِالعَمَل بِه إِبْطَالُ الكِتَاب.

بِخِلافِ قَوْله تَعَالَى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ فَإِنَّ العَمَلَ بِه عَلَى الإِطْلاقِ يُبْطِلُ قَوْله تَعَالَى ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى ﴾ [النور: ٢]. ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ ﴾ [المائدة: ٣٨] وَغَيْرَ ذَلِكَ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ المُرَادَ بِه غَيْرُ مَا دَلَّ عَلَيْه الخُصُوصَاتُ. وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا بِسَقْيِ المَزَارِعِ وَالمَشَاجِرِ) ذُكِرَ فِي المَبْسُوط.

وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ فِي مِثْل هَذه الصُّوَرِ، لأَنَّ الشَّفَةَ مَا لا يَضُرُّ بِصَاحِبِ النَّهْرِ وَالبِئْرِ. فَأَمَّا مَا يَضُرُّ وَيَقْطَعُ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْهُ) أَيْ مِنْ الجَدْوَل الصَّغِيرِ عُلِمَ مِنْ وَضْعِ المَسْأَلَة فِيه. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيح) إِشَارَةٌ إِلَى اخْتِلاف المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لا يَأْخُذُونَ المَاءَ للوُضُوءِ وَغَسْل الثِّيَاب لأَنَّ الشَّرِكَةَ تَثْبُتُ فِي حَقِّ الشَّفَة لا غَيْرُ. وَالصَّحِيحُ جَوَازُهُ دَفْعًا للحَرَج.

وَقَوْلُهُ (لَهُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَئِمَّة بَلخي إِذْ

قَالُوا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إلا بِإِذْنِ صَاحِبِ النَّهْرِ عَمَلا بِظَاهِرِ الحَدِيثِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي المُقَاسِمِ) أَيْ مَتَى دَخَلَ فِي قِسْمَةِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ. وَقَوْلُهُ (بِوَاحِدَةٍ) أَيْ بِالكُلِّيَّةِ.

فصل في كري الأنهار

قَالَ ﷺ: الأَنهَارُ ثَلاثَةٌ: نَهرٌ غَيرُ مَملُوكٍ لأَحَدٍ وَلَم يَدخُل مَاؤُهُ فِي المَقَاسِمِ بَعدُ كَالفُرَاتِ وَنَحوِهِ، وَنَهرٌ مَملُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسمَةِ إلا أَنَّهُ عَامٌّ. وَنَهرٌ مَملُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسمَةِ وَهُوَ خَاصٌّ.

وَالفَاصِلُ بَينَهُمَا استِحقَاقُ الشُّفعَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ. فَالأَوَّلُ كَريُهُ عَلَى السُّلطَانِ مِن بَيتِ مَال المُسلمِينَ؛ لأَنَّ مَنفعَةَ الكَري لَهُم فَتَكُونُ مُؤنَتُهُ عَلَيهِم، وَيُصرَفُ إلَيهِ مِن مُؤنَةِ الخَرَاجِ وَالجِزيَةِ دُونَ العُشُورِ وَالصَّدَقَاتِ؛ لأَنَّ الثَّانِيَ للفُقَرَاءِ وَالأَوَّلَ للنَّوَائِبِ، فَإِن لَم يَكُن فِي بَيتِ المَال شَيءٌ فَالإِمَامُ يُجبِرُ النَّاسَ عَلَى كَريِهِ إحيَاءً لمَصلَحَةِ العَامَّةِ إذ هُم لا يُقِيمُونَهَا بِأَنفُسِهِم، وَفِي مِثلهِ قَالَ عُمَرُ ﷺ: لَو تُرِكتُم لَبِعتُم أَولادَكُم، إلا أَنَّهُ يُخرِجُ لَهُ مَن كَانَ يُطِيقُهُ وَيَجعَلُ مُؤنَتَهُ عَلَى المَيَاسِيرِ الَّذِينَ لا يُطِيقُونَهُ بِأَنفُسِهِم.

وَأَمَّا الثَّانِي فَكَريُهُ عَلَى أَهلهِ عَلَى بَيتِ المَال؛ لأَنَّ الحَقَّ لَهُم وَالمَنفَعَةَ تَعُودُ إلَيهِم عَلَى الخُصُوصِ وَالخُلُوصِ، وَمَن أَبَى مِنهُم يُجبَرُ عَلَى كَريِهِ دَفعًا للضَّرَرِ العَامِّ وَهُوَ ضَرَرُ بَقِيَّةِ الشُّرَكَاءِ وَضَرَرُ الآبِي خَاصٌّ وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَلا يُعَارَضُ بِهِ؛ وَلَو أَرَادُوا أَن يُحَصِّنُوهُ خِيفَةَ الانبِثَاقِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَامٌّ كَغَرَقِ الأَرَاضِي وَفَسَادِ الطُّرُقِ يُجبَرُ الآبِي، وَإِلا فَلا لأَنَّهُ مَوهُومٌ بِخِلافِ الكَري؛ لأَنَّهُ مَعلُومٌ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ وَهُوَ الخَاصُّ مِن كُلِّ وَجهٍ فَكَريُهُ عَلَى أَهلهِ لِمَا بَيَّنَّا ثُمَّ قِيلَ يُجبَرُ الآبِي كَمَا فِي الثَّانِي. وَقِيلَ لا يُجبَرُ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِن الضَّرَرَينِ خَاصٌّ.

وَيُمكِنُ دَفعُهُ عَنهُم بِالرُّجُوعِ عَلَى الآبِي بِمَا أَنفَقُوا فِيهِ إذَا كَانَ بِأَمرِ القَاضِي فَاستَوَت الجِهَتَانِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ، وَلا يُجبَرُ لحَقِّ الشَّفَةِ كَمَا إذَا امتَنَعُوا جَمِيعًا وَمُؤنَةُ كَريِ النَّهرِ المُشتَرَكِ عَلَيهِم مِن أَعلاهُ، فَإِذَا جَاوَزَ أَرضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنهُ وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالا: هِيَ عَلَيهِم جَمِيعًا مِن أَوَّلهِ إلَى آخِرِهِ بِحِصَصِ الشِّربِ وَالأَرضِينَ؛ لأَنَّ لصَاحِبِ الأَعلَى حَقًّا فِي الأَسفَل لاحتِيَاجِهِ إلَى تَسيِيل مَا فَضَلَ مِن المَاءِ فِيهِ. وَلَهُ أَنَّ

المَقصِدَ مِن الكَرِي الانتِفَاعُ بِالسَّقيِ، وَقَد حَصَلَ لِصَاحِبِ الأَعلَى فَلا يَلزَمُهُ إِنفَاعُ غَيرِهِ، وَلَيسَ عَلَى صَاحِبِ السَّيلِ عِمَارَتُهُ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَسِيلٌ عَلَى سَطحِ غَيرِهِ، كَيفَ وَأَنَّهُ يُمكِنُهُ دَفعَ المَاءِ عَن أَرضِهِ بِسَدِّهِ مِن أَعلاهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يُرفَعُ عَنهُ إِذَا جَاوَزَ أَرضَهُ كَمَا ذَكَرنَاهُ، وَقِيلَ إِذَا جَاوَزَ فُوَّهَةَ نَهرِهِ، وَهُوَ مَروِيٌّ عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لأَنَّ لَهُ رَأيًا فِي اتِّخَاذِ الفُوَّهَةِ مِن أَعلاهُ وَأَسفَلِهِ، فَإِذَا جَاوَزَ الكَرِيُ أَرضَهُ حَتَّى سَقَطَت عَنهُ مُؤنَتُهُ قِيلَ لَهُ أَن يَفتَحَ المَاءُ لِيَسقِيَ أَرضَهُ لانتِهَاءِ الكَرِي فِي حَقِّهِ، وَقِيلَ لَيسَ لَهُ ذَلكَ مَا لَم يَفرُغ شُرَكَاؤُهُ نَفيًا لاختِصَاصِهِ، وَلَيسَ عَلَى أَهلِ الشَّفَةِ مِن الكَرِي شَيءٌ؛ لأَنَّهُم لا يُحصَونَ وَلأَنَّهُم أَتبَاعٌ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي كَرِي الأَنْهَارِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ مَسَائِلِ الشُّرْبِ احْتَاجَ إِلَى ذِكْرِ مُؤْنَةِ **كَرْيِ الأَنْهَارِ الَّتِي كَانَ الشُّرْبُ مِنْهَا**. وَلَكِنْ لَمَّا كَانَتْ مُؤْنَةُ الكَرْيِ أَمْرًا زَائِدًا عَلَى النَّهْرِ إِذْ النَّهْرُ يُوجَدُ بِدُونِ مُؤْنَةِ الكَرْيِ كَالنَّهْرِ العَامِّ أَخَّرَ ذِكْرَهُ. وَوَجْهُ الحَصْرِ فِي الثَّلاثَةِ ظَاهِرٌ، لأَنَّ النَّهْرَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَامًّا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ أَوْ خَاصًّا كَذَلِكَ، أَوْ عَامًّا مِنْ وَجْهٍ خَاصًّا مِنْ وَجْهٍ. أَمَّا الأَوَّلُ فَكَالفُرَاتِ وَسَيْحُونَ وَجَيْحُونَ وَدِجْلَةَ، وَأَمَّا الآخَرُ فَقَدْ فَصَلَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا بِاسْتِحْقَاقِ الشَّفَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّهُ يَخْرُجُ لَهُ) أَيْ لِلكَرْيِ مَنْ كَانَ يُطِيقُهُ: أَيْ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى العَمَلِ (وَيَجْعَلُ مُؤْنَتَهُ) أَيْ مُؤْنَةَ مَنْ يُطِيقُهُ عَلَى المَيَاسِيرِ الَّذِينَ لا يُطِيقُونَهُ بِأَنْفُسِهِمْ كَمَا يُفْعَلُ ذَلِكَ فِي تَجْهِيزِ الجُيُوشِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ مَنْ كَانَ يُطِيقُ القِتَالَ وَيَجْعَلُ مُؤْنَتَهُ عَلَى الأَغْنِيَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ) يَعْنِي حِصَّةً مِنْ الشُّرْبِ فَلا يُعَارَضُ بِهِ، أَيْ فَلا يُعَارَضُ الضَّرَرُ العَامُّ بِالضَّرَرِ الخَاصِّ، بَل يُغَلَّبُ جَانِبُ الضَّرَرِ العَامِّ فَيُجْعَلُ ضَرَرًا، وَيَجِبُ السَّعْيُ فِي إِعْدَامِهِ وَإِنْ بَقِيَ الضَّرَرُ الخَاصُّ. وَقَوْلُهُ (خِيفَةَ الانْبِثَاقِ) يُقَالُ بَثَقَ السَّيْلُ مَوْضِعَ كَذَا: أَيْ خَرَقَهُ وَشَقَّهُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ وَالمَنْفَعَةُ تَعُودُ إِلَيْهِمْ عَلَى الخُلُوصِ.

ثُمَّ قِيلَ: يُجْبَرُ الآبِي كَمَا فِي الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الإِسْكَافِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقِيلَ لا يُجْبَرُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ البَلْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (فَاسْتَوَتْ

الجِهَتَانِ) يَعْنِي فِي الخُصُوصِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ وَهُوَ الإِجْبَارُ فِي النَّهْرِ الثَّانِي، فَإِنَّ مَنْ أَبَى مِنْ أَهْلِهِ يُجْبَرُ عَلَيْهِ هُنَاكَ لأَنَّ إِحْدَى الجِهَتَيْنِ عَامٌّ وَالأُخْرَى خَاصٌّ، فَيُجْبَرُ الآبِي دَفْعًا لِلضَّرَرِ العَامِّ عَنْ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلا جَبْرَ لِحَقِّ الشَّفَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ فِي كَرْيِ النَّهْرِ الخَاصِّ إِحْيَاءُ حَقِّ الشَّفَةِ العَامَّةِ فَيَكُونُ فِي التَّرْكِ ضَرَرٌ عَامٌّ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُجْبَرَ الآبِي عَلَى الكَرْيِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ أَهْلِ الشَّفَةِ وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ مِنْ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لا يُجْبَرُ الآبِي لِحَقِّ أَهْلِ الشَّفَةِ كَمَا لَوْ امْتَنَعَ جَمِيعُ أَهْلِ النَّهْرِ عَنْ كَرْيِهِ فَإِنَّهُمْ لا يُجْبَرُونَ عَلَى الكَرْيِ لِحَقِّ أَهْلِ الشَّفَةِ. وَقَوْلُهُ (وَمُؤْنَةُ كَرْيِ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (فَلا يَلزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: الصَّوَابُ نَفْعُ غَيْرِهِ لأَنَّ الإِنْفَاعَ فِي مَعْنَى النَّفْعِ غَيْرُ مَسْمُوعٍ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمْ لا يُحْصَوْنَ) يَعْنِي فَكَانُوا مَجْهُولِينَ.

فصل في الدعوي والاختلاف والتصرف فيه

قَالَ (وَتَصِحُّ دَعوَى الشّربِ بِغَيرِ أَرضٍ استِحسَانًا)؛ لأَنَّهُ قَد يُملَكُ بِدُونِ الأَرضِ إِرثًا، وَقَد يَبِيعُ الأَرضَ وَيَبقَى الشّربُ لَهُ وَهُوَ مَرغُوبٌ فِيهِ فَيَصِحُّ فِيهِ الدَّعوَى (وَإِذَا كَانَ نَهرٌ لِرَجُلٍ يَجرِي فِي أَرضِ غَيرِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الأَرضِ أَن لا يُجرَى النَّهرُ فِي أَرضِهِ تُرِكَ عَلَى حَالِهِ)؛ لأَنَّهُ مُستَعمَلٌ لَهُ بِإِجرَاءِ مَائِهِ.

فَعِندَ الاختِلافِ يَكُونُ القَولُ قَولَهُ، فَإِن لَم يَكُن فِي يَدِهِ، وَلَم يَكُن جَارِيًا فَعَلَيهِ البَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا النَّهرَ لَهُ، أَو أَنَّهُ قَد كَانَ مَجرَاهُ لَهُ فِي هَذَا النَّهرِ يَسُوقُهُ إِلَى أَرضِهِ لِيَسقِيَهَا فَيَقضِي لَهُ لإِثبَاتِهِ بِالحُجَّةِ مِلكًا لَهُ أَو حَقًّا مُستَحَقًّا فِيهِ، وَعَلَى هَذَا المَصَبُّ فِي نَهرٍ أَو عَلَى سَطحٍ أَو المِيزَابُ أَو المَمشَى فِي دَارِ غَيرِهِ، فَحُكمُ الاختِلافِ فِيهَا نَظِيرُهُ فِي الشّربِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي الدَّعوَى وَالاختلافِ وَالتَّصرُّفِ فِيهِ): لَمَّا قَرُبَ مِنْ فَرَاغِ بَيَانِ مَسَائِلِ الشُّرْبِ خَتَمَهُ بِفَصْلٍ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسَائِلَ شَتَّى مِنْ مَسَائِلِ الشُّرْبِ (يَجُوزُ دَعْوَى الشُّرْبِ بِلا أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا) قَالَ فِي المَبْسُوطِ: يَنْبَغِي فِي القِيَاسِ أَنْ لا يُقْبَلَ مِنْهُ ذَلِكَ لأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ الدَّعْوَى إِعْلامُ المُدَّعِي فِي الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ، وَالشُّرْبُ مَجْهُولٌ جَهَالَةً لا تَقْبَلُ الإِعْلامَ، وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (تُرِكَ عَلَى حَالِه) مَعْنَاهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِه) يَعْنِي بِأَنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَعْمَلا بِإِجْرَائِه مَاءَهُ فِيه أَوْ لَمْ تَكُنْ أَشْجَارُهُ فِي طَرَفَيْ النَّهْرِ فَعَلَيْه: أَيْ فَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا النَّهْرَ لَهُ إنْ كَانَ يَدَّعِي رَقَبَةَ النَّهْرِ، أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ فِي هَذَا النَّهْرِ يَسُوقُهُ إلَى أَرْضِه لِيَسْقِيَهَا إنْ كَانَ يَدَّعِي الإجْرَاءَ فِي هَذَا النَّهْرِ، فَإِذَا أَقَامَهَا يُقْضَى لَهُ لإثْبَاتِه بِالْحُجَّة مِلكًا لَهُ: يَعْنِي فِي الأَوَّلِ أَوْ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فِيه: يَعْنِي فِي الثَّانِي، فَإِنَّ الثَّابتَ بِالْبَيِّنَة العَادِلَة كَالثَّابِت مُعَايَنَةً.

وَقَوْلُهُ (فَحُكْمُ الاخْتِلاف فِيهَا) أَيْ اخْتِلافُ الْمُدَّعِينَ فِي الأُمُورِ الْمَذْكُورَة (نَظِيرُهُ) أَيْ نَظِيرُ الاخْتِلاف فِي الشُّرْبِ.

(وَإِذَا كَانَ نَهرٌ بَينَ قَومٍ وَاختَصَمُوا فِي الشّربِ كَانَ الشّربُ بَينَهُم عَلَى قَدرِ أَرَاضِيهِم)؛ لأنَّ المَقصُودَ الانتِفَاعُ بِسَقيِهَا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِهِ، بِخِلافِ الطَّرِيقِ؛ لأنَّ المَقصُودَ التَّطَرُّقُ وَهُوَ فِي الدَّارِ الوَاسِعَةِ وَالضَّيِّقَةِ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، فَإِن كَانَ الأَعلَى مِنهُم لا يَشرَبُ حَتَّى يَسكُرَ النَّهرَ لَم يَكُن لَهُ ذَلكَ لِمَا فِيهِ مِن إبطَال حَقِّ البَاقِينَ، وَلَكِنَّهُ يَشرَبُ بِحِصَّتِهِ، فَإِن تَرَاضَوا عَلَى أَن يَسكُرَ الأَعلَى النَّهرَ حَتَّى يَشرَبَ بِحِصَّتِهِ أَو اصطَلَحُوا عَلَى أَن يَسكُرَ كُلُّ رَجُلٍ مِنهُم فِي نَوبَتِهِ جَازَ؛ لأنَّ الحَقَّ لَهُ، إلا أَنَّهُ إذَا تَمَكَّنَ مِن ذَلكَ بِلَوحٍ لا يَسكُرُ بِمَا يَنكَبِسُ بِهِ النَّهرُ مِن غَيرِ تَرَاضٍ لكَونِهِ إضرَارًا بِهِم، وَلَيسَ لأَحَدِهِم أَن يَكرِيَ مِنهُ نَهرًا أَو يَنصِبَ عَلَيهِ رَحَى مَاءٍ إلا بِرِضَا أَصحَابِهِ؛ لأنَّ فِيهِ كَسرَ ضِفَّةِ النَّهرِ وَشَغلَ مَوضِعٍ مُشتَرَكٍ بِالبِنَاءِ، إلا أَن يَكُونَ رَحَى لا يَضُرُّ بِالنَّهرِ وَلا بِالمَاءِ، وَيَكُونُ مَوضِعُهَا فِي أَرضِ صَاحِبِهَا؛ لأنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مِلكِ نَفسِهِ وَلا ضَرَرَ فِي حَقِّ غَيرِهِ.

وَمَعنَى الضَّرَرِ بِالنَّهرِ مَا بَيَّنَّاهُ مِن كَسرِ ضِفَّتِهِ، وَبِالمَاءِ أَن يَتَغَيَّرَ عَن سُنَنِهِ الَّذِي كَانَ يَجرِي عَلَيهِ، وَالدَّالِيَةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَى، وَلا يَتَّخِذَ عَلَيهِ جِسرًا وَلا قَنطَرَةً بِمَنزِلَةِ طَرِيقٍ خَاصٍّ بَينَ قَومٍ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ لوَاحِدٍ نَهرٌ خَاصٌّ يَأخُذُ مِن نَهرٍ خَاصٍّ بَينَ قَومٍ فَأَرَادَ أَن يُقَنطِرَ عَلَيهِ وَيَستَوثِقَ مِنهُ لَهُ ذَلكَ، أَو كَانَ مُقَنطِرًا مُستَوثِقًا فَأَرَادَ أَن يَنقُضَ ذَلكَ وَلا يَزِيدَ ذَلكَ فِي أَخذِ المَاءِ حَيثُ يَكُونُ لَهُ ذَلكَ لأنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي خَالِصِ مِلكِهِ وَضعًا وَرَفعًا. وَلا ضَرَرَ بِالشُّرَكَاءِ بِأَخذِ زِيَادَةِ المَاءِ، وَيُمنَعُ مِن أَن يُوَسِّعَ فَمَ النَّهرِ؛ لأنَّهُ يَكسِرُ ضِفَّةَ النَّهرِ، وَيَزِيدُ عَلَى مِقدَارِ حَقِّهِ فِي أَخذِ المَاءِ، وَكَذَا إذَا كَانَت

القِسمَةُ بِالكُوَى، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَن يُؤَخِّرَهَا عَن فَمِ النَّهرِ فَيَجعلَهَا فِي أَربَعَةِ أَذرُعٍ مِنهُ لاحتِبَاسِ المَاءِ فِيهِ فَيَزدَادُ دُخُولُ المَاءِ فِيهِ. بِخِلافِ مَا إِذَا أَرَادَ أَن يُسفِلَ كُوَاهُ أَو يَرفَعهَا حَيثُ يَكُونُ لَهُ ذَلكَ فِي الصَّحِيحِ؛ لأَنَّ قِسمَةَ المَاءِ فِي الأَصل بِاعتِبَارِ سَعَةِ الكُوَّةِ وَضِيقِهَا مِن غَيرِ اعتِبَارِ التَّسَفُّلِ وَالتَّرَفُّعِ وَهُوَ العَادَةُ فَلَم يَكُن فِيهِ تَغيِيرُ مَوضِعِ القِسمَةِ، وَلَو كَانَت القِسمَةُ وَقَعَت بِالكُوَى فَأَرَادَ أَحدُهُم أَن يُقَسِّمَ بِالأَيَّامِ لَيسَ لَهُ ذَلكَ؛ لأَنَّ القَدِيمَ يُترَكُ عَلَى قِدَمِهِ لظُهُورِ الحَقِّ فِيهِ.

وَلَو كَانَ لكُلٍّ مِنهُم كُوًى مُسَمَّاةٌ فِي نَهرٍ خَاصٍّ لَيسَ لوَاحِدٍ أَن يَزِيدَ كُوَّةً وَإِن كَانَ لا يَضُرُّ بِأَهلهِ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ خَاصَّةٌ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَت الكُوَى فِي النَّهرِ الأَعظَمِ؛ لأَنَّ لكُلٍّ مِنهُم أَن يَشُقَّ نَهرًا مِنهُ ابتِدَاءً فَكَانَ لَهُ أَن يَزِيدَ فِي الكُوَى بِالطَّرِيقِ الأَولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَقْصُودَ الانْتفَاعُ بسَقْيهَا فَيَتَقَدَّرُ بقَدْره) مُعَارَضٌ لأَنَّهُمْ قَالُوا قَدْ اسْتَوَوْا فِي إثْبَات اليَد عَلَى المَاء الَّذي فِي النَّهْرِ، وَالمُسَاوَاةُ **فِي اليَد تُوجبُ المُسَاوَاةَ فِي الاسْتحْقَاق**. وَأُجيبَ بأَنَّ إثْبَاتَ اليَد عَلَى المَاء إنَّمَا هُوَ بالانْتفَاع بالمَاء، وَانْتفَاعُ مَنْ لَهُ عَشْرُ قطَعٍ لا يَكُونُ مثْلَ انْتفَاعِ مَنْ لَهُ قطْعَةٌ وَاحدَةٌ فَلا يَتَحَقَّقُ التَّسَاوِي فِي إثْبَات اليَد.

وَقَوْلُهُ (لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلكَ) أَيْ لَمْ يَكُنْ لصَاحبِ الأَعْلَى السَّكْرُ (لمَا فيه) أَيْ فِي السَّكْرِ منْ إبْطَال حَقِّ البَاقينَ وَلَكنْ يَشْرَبُ بحصَّته يَعْني منْ غَيْر سَكْرٍ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ إذَا تَمَكَّنَ منْ ذَلكَ) يَعْني إذَا **اصْطَلَحُوا عَلَى السَّكْرِ** لَيْسَ لمَنْ يَسْكُرُ أَنْ يَسْكُرَ بمَا يَنْكَبسُ به النَّهْرُ كَالطِّين وَنَحْوه إذَا أَمْكَنَهُ أَنْ يَسْكُرَ بلَوْحٍ أَوْ بَاب خَشَبٍ لكَوْنه إضْرَارًا بهمْ فَيَمْنَعُ مَا فَضَلَ عَنْ السَّكْرِ عَنْهُمْ إلا إذَا رَضُوا بذَلكَ، فَإنْ لَمْ يَكُنْ لوَاحدٍ منْهُمْ الشُّرْبُ إلا بالسَّكْرِ وَلَمْ يَصْطَلحُوا عَلَى شَيْءٍ يَبْدَأُ أَهْلُ الأَسْفَل حَتَّى يَرْوُوا، ثُمَّ بَعْدَ ذَلكَ للأَهْل لأَعْلَى أَنْ يَسْكُرُوا لأَنَّ فِي السَّكْرِ إحْدَاثُ شَيْءٍ فِي وَسَط النَّهْرِ المُشْتَرَك، فَلا يَجُوزُ ذَلكَ مَا بَقيَ حَقُّ جَميعِ الشُّرَكَاء، وَحَقُّ أَهْل الأَسْفَل ثَابتٌ مَا لَمْ يَرْوُوا فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَمْنَعُوا أَهْلَ الأَعْلَى منْ السَّكْرِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْل ابْنِ مَسْعُود ﵁ أَهْلُ أَسْفَل النَّهْرِ أُمَرَاءُ عَلَى أَهْل أَعْلاهُ حَتَّى يَرْوُوا لأَنَّ لَهُمْ أَنْ يَمْنَعُوا أَهْلَ الأَعْلَى منْ السَّكْرِ وَعَلَيْهِمْ طَاعَتُهُ فِي ذَلكَ، وَمَنْ لَزِمَكَ طَاعَتُهُ فَهُوَ أَميرُكَ.

وَقَوْلُهُ (وَالدَّالِيَةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَى) الدَّالِيَةُ: جِذْعٌ طَوِيلٌ مُرَكَّبٌ تَرْكِيبَ مَدَاقِّ الأُرْزِ وَفِي رَأْسِهِ مِغْرَفَةٌ كَبِيرَةٌ يُسْقَى بِهَا. وَالسَّانِيَةُ البَعِيرُ يَسْتَقِي مِنْ البِئْرِ. وَالجِسْرُ: اسْمٌ لِمَا يُوضَعُ وَيُرْفَعُ مِمَّا يَكُونُ مُتَّخَذًا مِنْ الخَشَبِ وَالأَلْوَاحِ، وَالقَنْطَرَةُ: مِمَّا يُتَّخَذُ مِنْ الحَجَرِ وَالآجُرِّ مَوْضُوعًا لا يُرْفَعُ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُحْدِثُهُ مَنْ يَتَّخِذُهُ فِي مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ فَلا يُمْلَكُ إلا بِرِضَاهُمْ سَوَاءٌ كَانَ مِنْهُمْ أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا كَانَتْ القِسْمَةُ بِالكُوَى) الكُوَّةُ: ثُقْبُ البَيْتِ وَالجَمْعُ كِوَاءٌ بِالمَدِّ، وَكُوًى مَقْصُورٌ، وَيُسْتَعَارُ لِمَفَاتِحِ المَاءِ إلَى المَزَارِعِ وَالجَدَاوِلِ فَيُقَالُ كُوَى النَّهْرِ، وَمَعْنَاهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَسِّعَ الكُوَّةَ وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنْهُ) أَيْ مِنْ فَمِ النَّهْرِ، هَذَا تَقْدِيرٌ اتِّفَاقِيٌّ وَالعِبْرَةُ لِلاحْتِبَاسِ.

وَصُورَةُ هَذَا إذَا كَانَتْ الأَلْوَاحُ الَّتِي فِيهَا الكُوَّةُ فِي فَمِ النَّهْرِ فَأَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا عَنْ ضِفَّةِ النَّهْرِ فَيَجْعَلَهَا فِي وَسَطِ النَّهْرِ وَيَدَعُ فُوَّهَةَ النَّهْرِ بِغَيْرِ لَوْحٍ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ يُسْفِلُ كُوَاهُ: أَيْ يَجْعَلُهَا أَعْمَقَ مِمَّا كَانَتْ وَهِيَ فِي ذَلِكَ المَوْضِعِ أَوْ يَرْفَعُهَا إلَى وَجْهِ الأَرْضِ.

قال: (وَلَيسَ لأَحَدِ الشُّرَكَاءِ فِي النَّهرِ أَن يَسُوقَ شِربَهُ إلَى أَرضٍ لَهُ أُخرَى لَيسَ لَهَا فِي ذَلِكَ شِربٌ)؛ لأَنَّهُ إذَا تَقَادَمَ العَهدُ يُستَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ حَقُّهُ قال: (وَكَذَا إذَا أَرَادَ أَن يَسُوقَ شِربَهُ فِي أَرضِهِ الأُولَى حَتَّى يَنتَهِيَ إلَى هَذِهِ الأَرضِ الأُخرَى)؛ لأَنَّهُ يَستَوفِي زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ، إذ الأَرضُ الأُولَى تُنَشِّفُ بَعضَ المَاءِ قَبلَ أَن تُسقَى الأَرضُ الأُخرَى، وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشتَرَكٍ أَرَادَ أَحَدُهُم أَن يَفتَحَ فِيهِ بَابًا إلَى دَارٍ أُخرَى سَاكِنُهَا غَيرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يَفتَحُهَا فِي هَذَا الطَّرِيقِ، وَلَو أَرَادَ الأَعلَى مِن الشَّرِيكَينِ فِي النَّهرِ الخَاصِّ وَفِيهِ كُوًى بَينَهُمَا أَن يَسُدَّ بَعضَهَا دَفعًا لِفَيضِ المَاءِ عَن أَرضِهِ كَي لا تَنِزَّ لَيسَ لَهُ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِن الضَّرَرِ بِالآخَرِ، وَكَذَا إذَا أَرَادَ أَن يُقَسِّمَ الشِّربَ مُنَاصَفَةً بَينَهُمَا؛ لأَنَّ القِسمَةَ بِالكُوَى تَقَدَّمَت إلا أَن يَتَرَاضَيَا؛ لأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا، وَبَعضُ التَّرَاضِي لِصَاحِبِ الأَسفَلِ أَن يَنقُضَ ذَلِكَ.

وَكَذَا لِوَرَثَتِهِ مِن بَعدِهِ؛ لأَنَّهُ إعَارَةُ الشِّربِ، فَإِنَّ مُبَادَلَةَ الشِّربِ بِالشِّربِ بَاطِلَةٌ، وَالشِّربُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَى بِالانتِفَاعِ بِعَينِهِ، بِخِلافِ البَيعِ وَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالوَصِيَّةِ بِذَلِكَ حَيثُ لا تَجُوزُ العُقُودُ إمَّا لِلجَهَالَةِ أَو لِلغَرَرِ، أَو لأَنَّهُ لَيسَ بِمَالٍ مُتَقَوَّمٍ حَتَّى لا

يَضمنَ إذَا سَقَى مِن شِربِ غَيرِهِ، وَإِذَا بَطلَت العُقُودُ فَالوَصِيَّةُ بِالبَاطِلِ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا لا يَصلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ حَتَّى يَجِبَ مَهرُ المِثل، وَلا فِي الخُلعِ حَتَّى يَجِبَ رَدُّ مَا قَبَضَت مِن الصَّدَاقِ لِتَفَاحُشِ الجَهَالَةِ.

وَلا يَصلُحُ بَدَلُ الصُّلحِ عَن الدَّعوَى؛ لأَنَّهُ لا يُملَكُ بِشَيءٍ مِن العُقُودِ. وَلا يُبَاعُ الشِّربُ فِي دَينِ صَاحِبِهِ بَعدَ مَوتِهِ بِدُونِ أَرضٍ كَمَا فِي حَال حَيَاتِهِ، وَكَيفَ يَصنَعُ الإِمَامُ؟ الأَصَحُّ أَن يَضُمَّهُ إِلَى أَرضٍ لا شِربَ لَهَا فَيَبِيعَهَا بِإِذنِ صَاحِبِهَا، ثُمَّ يَنظُرُ إِلَى قِيمَةِ الأَرضِ مَعَ الشِّربِ وَبِدُونِهِ فَيَصرِفُ التَّفَاوُتَ إِلَى قَضَاءِ الدَّينِ، وَإِن لَم يَجِد ذَلِكَ اشتَرَى عَلَى تَركَةِ المَيِّتِ أَرضًا بِغَيرِ شِربٍ، ثُمَّ ضَمَّ الشِّربَ إِلَيهَا وَبَاعَهُمَا فَيَصرِفُ مِن الثَّمَنِ إِلَى ثَمَنِ الأَرضِ وَيَصرِفُ الفَاضِلَ إِلَى قَضَاءِ الدَّينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَك) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَزِيدُ فِي الشِّرْبِ مَا لَيْسَ لَهُ مِنْهُ حَقٌّ فِي الشُّرْبِ وَيَزِيدُ مِنْ المَارَّةِ مَنْ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي المُرُورِ وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ (سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ) لأَنَّهُ لَوْ كَانَ سَاكِنُ الدَّارَيْنِ وَاحِدًا كَانَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا إِلَى دَارٍ أُخْرَى.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَقْسِمَ الشِّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا) بِأَنْ **يَقُولَ لِشَرِيكِهِ اجْعَلْ لِي نِصْفَ الشَّهْرِ وَلَكَ نِصْفَهُ، فَإِذَا كَانَ فِي حِصَّتِي سَدَدْتَ مَا بَدَا لِي مِنْهَا وَأَنْتَ فِي حِصَّتِكَ فَتَحْتَهَا كُلَّهَا** فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَمَا كَانَتْ القِسْمَةُ بَيْنَهُمَا بِالكُوَى، لأَنَّ الانْتِفَاعَ بِالمَاءِ فِي القِسْمَةِ الأُولَى مُسْتَدَامٌ وَفِي الثَّانِيَةِ فِي بَعْضِ المُدَّةِ، وَرُبَّمَا يَضُرُّ ذَلِكَ بِصَاحِبِ السُّفْلِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ إِعَارَةٌ) لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعِيرٌ لِصَاحِبِهِ نَصِيبَهُ مِنَ الشِّرْبِ مِنَ الشَّهْرِ لِتَعَذُّرِ جَعْلِ مَا تَرَاضَيَا عَلَيْهِ مُبَادَلَةً، فَإِنَّ **بَيْعَ الشِّرْبِ بِالشِّرْبِ وَإِجَارَتَهُ بِهِ** بَاطِلٌ، وَإِذَا كَانَتْ عَارِيَّةً فَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ مَتَى شَاءَ.

وَقَوْلُهُ (وَالشِّرْبُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَى بِالانْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ الوَرَثَةَ خُلَفَاءُ المَيِّتِ فَيَقُومُونَ مَقَامَهُ فِي أَمْلاكِهِ وَحُقُوقِهِ، وَعَدَمُ جَوَازِ بَيْعِهِ وَهِبَتِهِ لا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ جَوَازِ ذَلِكَ أَلا تَرَى أَنَّ القِصَاصَ وَالدَّيْنَ وَالخَمْرَ يُمْلَكُ بِالإِرْثِ وَإِنْ لَمْ يُمْلَكْ بِالبَيْعِ وَنَحْوِهِ،

وَالوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ. وَقَوْلُهُ (بِعَيْنِه) احْتِرَازٌ عَنْ الإِيصَاءِ بِبَيْعِ الشِّرْبِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ.

وَالحَاصِلُ أَنَّ الشِّرْبَ بِغَيْرِ الأَرْضِ لا يُمْلَكُ بِشَيْءٍ مِنْ العُقُودِ، فَإِذَا سَمَّاهُ فِي النِّكَاحِ صَحَّ النِّكَاحُ وَوَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ، وَإِذَا سَمَّاهُ فِي الخُلْعِ صَحَّ الخُلْعُ وَعَلَيْهَا رَدُّ مَا قَبَضَتْ مِنْ المَهْرِ، وَإِذَا جَعَلَهُ بَدَلَ الصُّلْحِ فَالمُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْ قِصَاصٍ، فَإِنْ كَانَ فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ وَأَرْشُ الجِرَاحَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَالأَصَحُّ) إِشَارَةٌ إِلَى وُجُودِ الاخْتِلافِ. فَإِنَّ العُلَمَاءَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ قَضَاءِ الدَّيْنِ مِنْ قِيمَةِ الشِّرْبِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ السَّبِيلُ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ لِلمُقَوِّمِينَ إِنَّ العُلَمَاءَ لَوْ اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الشِّرْبِ بِكَمْ يُشْتَرَى هَذَا الشِّرْبُ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يُضَمُّ هَذَا الشِّرْبُ إِلَى جَرِيبٍ مِنْ الأَرْضِ مِنْ أَقْرَبِ مَا يَكُونُ مِنْ هَذَا الشِّرْبِ وَيُنْظَرُ بِكَمْ يُشْتَرَى مَعَ الشِّرْبِ وَبِكَمْ يُشْتَرَى بِدُونِ الشِّرْبِ فَيَكُونُ فَضْلُ مَا بَيْنَهُمَا قِيمَةَ الشِّرْبِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يَتَّخِذُ حَوْضًا وَيَجْمَعُ ذَلِكَ المَاءَ فِيهِ فِي كُلِّ نَوْبَةٍ ثُمَّ يَبِيعُ المَاءَ الَّذِي جَمَعَهُ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ ثُمَّ يَقْضِي دَيْنَهُ بِذَلِكَ.

وَاخْتَارَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

(وَإِذَا سَقَى الرَّجُلُ أَرضَهُ أَو مَخرَهَا مَاءً) أَي مَلأَهَا (فَسَالَ مِن مَائِهَا فِي أَرضِ رَجُلٍ فَغَرَّقَهَا أَو نَزَّت أَرضُ جَارِهِ مِن هَذَا المَاءِ لَم يَكُن عَلَيهِ ضَمَانُهَا)؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ مَخرَهَا) قَالَ فِي الصِّحَاحِ مَخرْت الأَرْضَ: أَيْ أَرْسَلت المَاءَ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيه) يَلُوحُ إِلَيَّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا ضَمِنَ. وَعَدَمُ التَّعَدِّي إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا سَقَى **أَرْضَهُ سَقْيًا يُسْقَى مِثْلُهُ فِي العَادَةِ وَكَانَ ذَلِكَ فِي نَوْبَتِه**. وَقِيلَ إِنْ كَانَ جَارُهُ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِالأَحْكَامِ ضَمِنَ. وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ لَمْ يَضْمَنْ اعْتِبَارًا بِالحَائِطِ المَائِلِ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ

سُمِّيَ بِهَا وَهِيَ جَمعُ شَرَابٍ لِمَا فِيهِ مِن بَيَانِ حُكمِهَا.

قَال (الأَشرِبَةُ المُحرَّمَةُ أَربَعَةٌ: الخَمرُ وَهِيَ عَصِيرُ العِنَبِ إِذَا غَلى وَاشتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، وَالعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى يَذهَبَ أَقَلُّ مِن ثُلُثَيهِ) وَهُوَ الطِّلاءُ المَذكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَنَقِيعُ التَّمرِ وَهُوَ السَّكَرُ، وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ إِذَا اشتَدَّ وَغَلى).

الشرح:

(**كِتَابُ الأَشرِبَةِ**): ذَكَرَ الأَشْرِبَةَ بَعْدَ الشِّرْبِ لأَنَّهُمَا شُعْبَتَا عِرْقٍ وَاحِدٍ لَفْظًا وَمَعْنًى، وَقَدَّمَ الشِّرْبَ لِمُنَاسَبَتِهِ لإِحْيَاءِ المَوَاتِ. وَمِنْ مَحَاسِنِهِ بَيَانُ حُرْمَتِهَا، إِذْ لا شُبْهَةَ فِي حُسْنِ تَحْرِيمِ مَا يُزِيلُ العَقْلَ الَّذِي هُوَ مِلاكُ مَعْرِفَةِ اللَّهِ تَعَالى وَشُكْرُ إِنْعَامِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُهُ حَلَّ لِلأُمَمِ السَّالِفَةِ مَعَ احْتِيَاجِهِمْ إِلى ذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ السَّكْرَ حَرَامٌ فِي جَمِيعِ الأَدْيَانِ وَحَرُمَ شُرْبُ القَلِيلِ عَلَيْنَا مِنْ الخَمْرِ كَرَامَةً لَنَا مِنْ اللَّهِ تَعَالى لِئَلا نَقَعَ فِي المَحْظُورِ وَنَحْنُ مَشْهُودٌ لَنَا بِالخَيْرِيَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: هَلا حُرِّمَتْ ابْتِدَاءً وَالدَّاعِي المَذْكُورُ مَوْجُودٌ.

أُجِيبَ إِمَّا بِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالخَيْرِيَّةِ لَمْ تَكُنْ إِذْ ذَاكَ وَإِمَّا لِتَدْرِيجِ الضَّارِي لِئَلا يَنْفِرَ مِنْ الإِسْلامِ (وَسُمِّيَ هَذَا الكِتَابُ بِهَا) أَيْ بِالأَشْرِبَةِ (وَهِيَ جَمْعُ شَرَابٍ) اسْمٌ لِمَا هُوَ حَرَامٌ مِنْهُ عِنْدَ أَهْلِ الشَّرْعِ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيَانِ حُكْمِهَا. قَال (**الأَشْرِبَةُ المُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ إلخ**) الأَشْرِبَةُ المُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الخَمْرُ، وَهِيَ عَصِيرُ العِنَبِ إِذَا غُلِيَ وَاشْتَدَّ، وَالمُرَادُ بِالاشْتِدَادِ صَلاحِيَتُهُ لِلإِسْكَارِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

أَمَّا الخَمرُ فَالكَلامُ فِيهَا فِي عَشَرَةِ مَوَاضِعَ:

أَحَدُهَا: فِي بَيَانِ مَائِيَّتِهَا وَهِيَ النِّيءُ مِن مَاءِ العِنَبِ إِذَا صَارَ مُسكِرًا وَهَذَا عِندَنَا وَهُوَ المَعرُوفُ عِندَ أَهلِ اللُّغَةِ وَأَهلِ العِلمِ وَقَال بَعضُ النَّاسِ: هُوَ اسمٌ لِكُلِّ مُسكِرٍ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «كُلُّ مُسكِرٍ خَمرٌ»[1] وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الخَمرُ مِن هَاتَينِ الشَّجَرَتَينِ»[2] وَأَشَارَ إِلى الكَرمَةِ وَالنَّخلَةِ، وَلأَنَّهُ مُشتَقٌّ مِن مُخَامَرَةِ العَقلِ وَهُوَ مَوجُودٌ

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (حديث ٧٣)، وأحمد (٢/٢٩).

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة (١٣- ١٥).

فِي كُلِّ مُسكِرٍ وَلَنَا أَنَّهُ اسمٌ خَاصٌّ بِإِطبَاقِ أَهل اللُّغَةِ فِيمَا ذَكَرنَاهُ وَلِهَذَا اُشتُهِرَ استِعمَالُهُ فِيهِ وَفِي غَيرِهِ غَيرُهُ، وَلِأَنَّ حُرمَةَ الخَمرِ قَطعِيَّةٌ وَهِيَ فِي غَيرِهَا ظَنِّيَّةٌ. وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمرًا لِتَخَمُّرِهِ لا لِمُخَامَرَتِهِ العَقل، عَلَى أَنَّ مَا ذَكَرتُم لا يُنَافِي كَونَ الاسمِ خَاصًّا فِيهِ فَإِنَّ النَّجمَ مُشتَقٌّ مِن النُّجُومِ وَهُوَ الظُّهُورُ، ثُمَّ هُوَ اسمٌ خَاصٌّ لِلنَّجمِ المَعرُوفِ لا لِكُلِّ مَا ظَهَرَ وَهَذَا كَثِيرُ النَّظِيرِ وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ طَعَنَ فِيهِ يَحيَى بنُ مَعِينٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالثَّانِي أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الحُكمِ؛ إذ هُوَ اللائِقُ بِمَنصِبِ الرِّسَالَةِ وَالثَّانِي فِي حَقِّ ثُبُوتِ هَذَا الاسمِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِندَهُمَا إذَا اشتَدَّ صَارَ خَمرًا، وَلا يُشتَرَطُ القَذفُ بِالزَّبَدِ؛ لأَنَّ الاسمَ يَثبُتُ بِهِ، وَكَذَا المَعنَى المُحَرِّمُ وَهُوَ المُؤَثِّرُ فِي الفَسَادِ بِالاشتِدَادِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الغَلَيَانَ بِدَايَةُ الشِّدَّةِ.

وَكَمَالُهَا بِقَذفِ بِالزَّبَدِ وَسُكُونِهِ؛ إذ بِهِ يَتَمَيَّزُ الصَّافِي مِن الكَدِرِ، وَأَحكَامُ الشَّرعِ قَطعِيَّةٌ فَتُنَاطُ بِالنِّهَايَةِ كَالحَدِّ وَإِكفَارِ المُستَحِلِّ وَحُرمَةِ البَيعِ وَقِيل يُؤخَذُ فِي حُرمَةِ الشُّربِ بِمُجَرَّدِ الاشتِدَادِ احتِيَاطًا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَال بَعْضُ النَّاسِ) قِيل يُرِيدُ بِهِ مَالِكًا وَالشَّافِعِيَّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَوْلُهُ (فِيمَا ذَكَرْنَاهُ) إشَارَةٌ إلى النِّيءِ مِنْ مَاءِ العِنَبِ.

وَقَوْلُهُ (فِي غَيْرِهِ) أَيْ وَاشْتُهِرَ فِي غَيْرِ النِّيءِ مِنْ مَاءِ العِنَبِ إذَا صَارَ مُسْكِرًا غَيْرُ لَفْظِ الخَمْرِ كَالْمُثَلَّثِ وَالطِّلاءِ وَالبَاذِق وَالْمُنَصَّفِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ حُرْمَةَ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ) يَعْنِي أَنَّ حُرْمَةَ الخَمْرِ ثَابِتَةٌ بِالإِجْمَاعِ فَتَكُونُ قَطْعِيَّةً، وَمَا هُوَ قَطْعِيٌّ لا يَثْبُتُ إلا بِقَطْعِيٍّ، وَكَوْنُ النِّيءِ مِنْ مَاءِ العِنَبِ خَمْرًا قَطْعِيٌّ بِلا خِلافٍ فَيَثْبُتُ بِهِ، بِخِلافِ غَيْرِهِ فَإِنَّ فِيهِ اخْتِلافًا بَيْنَ العُلَمَاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَأَدْنَى دَرَجَاتِ الاخْتِلافِ إيرَاثُ الشُّبْهَةِ فَتَكُونُ الحُرْمَةُ قَطْعِيَّةً وَمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا ظَنِّيٌّ وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا سُمِّيَ) **يَعْنِي غَيْرَ النِّيءِ** (**خَمْرًا** لِتَخَمُّرِهِ) أَيْ لِصَيْرُورَتِهِ مُرًّا كَالخَمْرِ لا لِمُخَامَرَتِهِ، جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمْ سُمِّيَ خَمْرًا لِمُخَامَرَتِهِ العَقْلَ.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْهَا لَكِنْ لا يُنَافِي اخْتِصَاصَهُ بِالنِّيءِ مِنْ مَاءِ العِنَبِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَقُّ مَخْصُوصًا، فَإِنَّ النَّجْمَ مُشْتَقٌّ مِنْ نَجَمَ إذَا ظَهَرَ، ثُمَّ هُوَ خَاصٌّ بِالثُّرَيَّا،

وَكَالقَارُورَةِ مُشْتَقٌّ مِنَ القَرَارِ وَلا يُسْتَعْمَلُ فِي الكُوزِ وَإِنْ وُجِدَ فِيهِ القَرَارُ وَأَنْظَارُهُ كَثِيرَةٌ.

وَقَوْلُهُ: (وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ) يُرِيدُ بِهِ «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ**» رُوِيَ عَنْ يَحْيَى بْنِ مَعِينٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: الأَحَادِيثُ الثَّلاثَةُ لَيْسَتْ بِثَابِتَةٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَحَدُهَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ**» وَالثَّانِي «**مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ**» وَالثَّالِثُ «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ**» وَكَانَ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ إِمَامًا حَافِظًا مُتْقِنًا حَتَّى قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ حَدِيثٍ لا يَعْرِفُهُ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ فَلَيْسَ بِحَدِيثٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالثَّانِي) يُرِيدُ بِهِ الخَمْرَ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ (أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الحُكْمِ) يَعْنِي إِذَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ كَانَ حُكْمُهُ فِي الإِسْكَارِ حُكْمَ الخَمْرِ فِي الحُرْمَةِ وَثُبُوتِ الحَدِّ، إِذْ هُوَ اللائِقُ بِمَنْصِبِ الرِّسَالَةِ لِكَوْنِهِ مَبْعُوثًا لِبَيَانِ الشَّرَائِعِ لا لِبَيَانِ الحَقَائِقِ.

وَقَوْلُهُ: (وَقِيلَ يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشُّرْبِ بِمُجَرَّدِ الاشْتِدَادِ احْتِيَاطًا) يَعْنِي وَفِي الحَدِّ يُؤْخَذُ بِقَذْفِ الزَّبَدِ احْتِيَاطًا أَيْضًا

وَالثَّالِثُ أَنَّ عَيْنَهَا حَرَامٌ غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ وَلا مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ: وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَنْكَرَ حُرْمَةَ عَيْنِهَا، وَقَالَ: إِنَّ السُّكْرَ مِنْهَا حَرَامٌ؛ لأَنَّ بِهِ يَحْصُلُ الفَسَادُ وَهُوَ الصَّدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ، وَهَذَا كُفْرٌ؛ لأَنَّهُ جُحُودُ الكِتَابِ فَإِنَّهُ تَعَالَى سَمَّاهُ رِجْسًا وَالرِّجْسُ مَا هُوَ مُحَرَّمُ العَيْنِ، وَقَدْ جَاءَتِ السُّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً " أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ حَرَّمَ الخَمْرَ؛ وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ، وَلأَنَّ قَلِيلَهُ يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ وَهَذَا مِنْ خَوَاصِّ الخَمْرِ، وَلِهَذَا تَزْدَادُ لِشَارِبِهِ اللَّذَّةُ بِالاسْتِكْثَارِ مِنْهُ، بِخِلافِ سَائِرِ المَطْعُومَاتِ ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْلُولٍ عِنْدَنَا حَتَّى لا يَتَعَدَّى حُكْمُهُ إِلَى سَائِرِ المُسْكِرَاتِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُعَدِّيهِ إِلَيْهَا، وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لأَنَّهُ خِلافُ السُّنَّةِ المَشْهُورَةِ وَتَعْلِيلُهُ لِتَعْدِيَةِ الاسْمِ، وَالتَّعْلِيلُ فِي الأَحْكَامِ لا فِي الأَسْمَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ إِنْكَارُ حُرْمَةِ عَيْنِهَا (كُفْرٌ) مِنَ المُنْكِرِ وَإِنْ كَانَ قَلِيلا لِحُرْمَةِ السُّكْرِ مِنْهُ (لأَنَّهُ جُحُودُ الكِتَابِ) يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠]، إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ [المائدة: ٩١] وَقَدْ ذَكَرْنَا دَلالَتَهُ عَلَى ذَلِكَ فِي " الإِشْرَاقِ شَرْحِ مَشَارِقِ الأَنْوَارِ " عَلَى أَحْسَنِ مَا يَكُونُ

فَلْيُطْلَبْ مِنْهُ ثَمَّةَ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ جَاءَتْ السُّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً) مَعْنَاهُ جَاءَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ فِي الخَمْرِ أَحَادِيثُ كُلُّهَا تَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ الخَمْرِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا إِنْ لَمْ يَبْلُغْ حَدَّ التَّوَاتُرِ فَالقَدْرُ المُشْتَرَكُ مِنْهَا مُتَوَاتِرٌ، كَشَجَاعَةِ عَلِيٍّ ﷺ وَجُودِ حَاتِمٍ، وَيُسَمَّى هَذَا التَّوَاتُرُ بِالمَعْنَى.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا مِنْ خَوَاصِّ الخَمْرِ) يَعْنِي دُعَاءَ القَلِيلِ إلى الكَثِيرِ. قَال فِي المَبْسُوطِ: مَا مِنْ طَعَامٍ وَشَرَابٍ إلا وَلَذَّتُهُ فِي الابْتِدَاءِ، وَلا يَزِيدُ عَلَى اللَّذَّةِ فِي الانْتِهَاءِ إلا الخَمْرَ، فَإِنَّ اللَّذَّةَ لِشَارِبِهَا تَزْدَادُ بِالاسْتِكْثَارِ مِنْهَا.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ خِلافُ السُّنَّةِ المَشْهُورَةِ) يَعْنِي مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِنْ قَوْلِهِ ﷺ «**حُرِّمَتْ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ**» وَلَمَّا كَانَتْ حُرْمَتُهَا لِعَيْنِهَا لا يَصِحُّ التَّعْلِيلُ بِمَعْنَى المُخَامَرَةِ لِتَعَدِّيهِ اسْمَهَا إلى غَيْرِهَا.

وَالرَّابِعُ أَنَّهَا نَجِسَةٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً كَالبَوْلِ لِثُبُوتِهَا بِالدَّلائِلِ القَطْعِيَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالخَامِسُ أَنَّهُ يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا لإِنْكَارِهِ الدَّلِيلَ القَطْعِيَّ.

وَالسَّادِسُ سُقُوطُ تَقَوُّمِهَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ حَتَّى لا يَضْمَنَ مُتْلِفُهَا وَغَاصِبُهَا وَلا يَجُوزُ بَيْعُهَا؛ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا نَجَّسَهَا فَقَدْ أَهَانَهَا وَالتَّقَوُّمُ يُشْعِرُ بِعِزَّتِهَا وَقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْل ثَمَنِهَا» وَاخْتَلَفُوا فِي سُقُوطِ مَالِيَّتِهَا وَالأَصَحُّ أَنَّهُ مَالٌ؛ لأَنَّ الطِّبَاعَ تَمِيلُ إِلَيْهَا وَتَضِنُّ بِهَا وَمَن كَانَ لَهُ عَلَى مُسْلِمٍ دَيْنٌ فَأَوْفَاهُ ثَمَنَ خَمْرٍ لا يَحِلُّ لَهُ أَن يَأْخُذَهُ، وَلا لِلمَدْيُونِ أَن يُؤَدِّيَهُ؛ لأَنَّهُ ثَمَنُ بَيْعٍ بَاطِلٍ وَهُوَ غَصْبٌ فِي يَدِهِ أَوْ أَمَانَةٌ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ كَمَا فِي بَيْعِ المَيْتَةِ وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى ذِمِّيٍّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّيهِ مِن ثَمَنِ الخَمْرِ، وَالمُسْلِمُ الطَّالِبُ يَسْتَوْفِيهِ؛ لأَنَّ بَيْعَهَا فِيمَا بَيْنَهُم جَائِزٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (حَتَّى لا يَضْمَنَ مُتْلِفُهَا) لا يَدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ إِتْلافِهَا. وَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهَا، فَقِيل: يُبَاحُ، وَقِيل لا يُبَاحُ إلا لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كَانَتْ عِنْدَ شِرِّيبٍ خِيفَ عَلَيْهِ الشُّرْبُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ عِنْدَ صَالِحٍ فَلا يُبَاحُ لأَنَّهُ يُخَلِّلُهَا.

وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ الانْتِفَاعِ بِهَا؛ لأَنَّ الانْتِفَاعَ بِالنَّجِسِ حَرَامٌ، وَلأَنَّهُ وَاجِبُ الاجْتِنَابِ وَفِي الانْتِفَاعِ بِهِ اقْتِرَابٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالسَّابِعُ حُرْمَةُ **الانْتِفَاعِ بِهَا**) يُرِيدُ التَّدَاوِيَ بِالاحْتِقَانِ وَسَقْيَ الدَّوَابِّ وَالإِقْطَارَ فِي الإِحْلِيل.

وَالثَّامِنُ أَن يُحَدَّ شَارِبُهَا وَإِن لم يَسكَر مِنهَا لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَن شَرِبَ الخَمرَ فَاجلِدُوهُ، فَإِن عَادَ فَاجلِدُوهُ، فَإِن عَادَ فَاجلِدُوهُ، فَإِن عَادَ فَاقتُلُوهُ» إلا أَنَّ حُكمَ القَتل قَد انتَسَخَ فَبَقِيَ الجَلدُ مَشرُوعًا، وَعَلَيهِ انعَقَدَ إجمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَتَقدِيرُهُ ذَكَرنَاهُ فِي الحُدُودِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ حُكْمَ القَتْل قَدْ انْتَسَخَ) يَعْنِي بِقَوْلِه ﷺ «**لا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بِإِحْدَى مَعَانٍ ثَلاثٍ**» الحَدِيثَ.

وَالتَّاسِعُ أَنَّ الطَّبخَ لا يُؤَثِّرُ فِيهَا؛ لأَنَّهُ للمَنعِ مِن ثُبُوتِ الحُرمَةِ لا لرَفعِهَا بَعدَ ثُبُوتِهَا، إلا أَنَّهُ لا يُحَدُّ فِيهِ مَا لم يَسكَر مِنهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لأَنَّ الحَدَّ بِالقَلِيل فِي النِّيءِ خَاصَّةً، لِمَا ذَكَرنَا وَهَذَا قَد طُبِخَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَالُوا) قَال شَيْخُ الإِسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَهْ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ إِذَا **شَرِبَ بَعْدَ الطَّبْخِ وَلَمْ يَسْكَرْ هَل يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ؟** ثُمَّ قَال: وَيَجِبُ أَنْ لا يَجِبَ عَلَيْهِ الحَدُّ لأَنَّهُ لَيْسَ بِخَمْرٍ لُغَةً، فَإِنَّ الخَمْرَ لُغَةً هُوَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ العِنَبِ وَهَذَا لَيْسَ بِنِيءٍ.

وَالعَاشِرُ **جَوَازُ تَخْلِيلِهَا** وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ وَسَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، هَذَا هُوَ الكَلامُ فِي الخَمْرِ.

وَأَمَّا العَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى يَذهَبَ أَقَلُّ مِن ثُلُثَيهِ وَهُوَ المَطبُوخُ أَدنَى طَبخَةٍ وَيُسَمَّى البَاذَقَ وَالمُنَصَّفَ وَهُوَ مَا ذَهَبَ نِصفُهُ بِالطَّبخِ فَكُلُّ ذَلكَ حَرَامٌ عِندَنَا إِذَا غَلَى وَاشتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ أَو إِذَا اشتَدَّ عَلَى الاختِلافِ وَقَال الأَوزَاعِيُّ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، وَهُوَ قَولُ بَعضِ المُعتَزِلَةِ؛ لأَنَّهُ مَشرُوبٌ طَيِّبٌ وَلَيسَ بِخَمرٍ وَلَنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلِذٌّ مُطرِبٌ وَلِهَذَا يَجتَمِعُ عَلَيهِ الفُسَّاقُ فَيَحرُمُ شُربُهُ دَفعًا للفَسَادِ المُتَعَلِّقِ بِهِ.

وَأَمَّا نَقِيعُ التَّمرِ وَهُوَ السُّكرُ وَهُوَ النَّيءُ مِن مَاءِ التَّمرِ: أَي الرُّطبِ فَهُوَ حَرَامٌ مَكرُوهٌ وَقَال شَرِيكُ بنُ عَبدِ اللَّهِ: إِنَّهُ مُبَاحٌ لقَولهِ تَعَالَى ﴿ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ [النحل: ٦٧] أُمتُنَّ علينَا بِهِ، وَهُوَ بِالمُحَرَّمِ لا يَتَحقَّقُ وَلنَا إِجمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم، وَيَدُلُّ عَليهِ مَا رَوَينَا مِن قَبلُ، وَالآيَةُ مَحمُولَةٌ عَلى الابتِدَاءِ إِذ كَانَت الأَشرِبَةُ مُبَاحَةً كُلُّهَا، وَقِيل أَرَادَ بِهِ التَّوبِيخَ، مَعنَاهُ وَاللَّهُ أَعلمُ: تَتَّخِذُونَ مِنهُ سَكَرًا وَتَدعُونَ رِزقًا حَسَنًا.

وَأَمَّا نَقِيعُ الزَّبِيبِ وَهُوَ النَّيءُ مِن مَاءِ الزَّبِيبِ فَهُوَ حَرَامٌ إِذَا اشتَدَّ وَغَلى وَيَتَأَتَّى فِيهِ خِلافُ الأَوزَاعِيِّ، وَقَد بَيَّنَّا المَعنَى مِن قَبلُ، إِلى أَنَّ حُرمَةَ هَذِهِ الأَشرِبَةِ دُونَ حُرمَةِ الخَمرِ حَتَّى لا يَكفُرَ مُستَحِلُّهَا، وَيَكفُرُ مُستَحِلُّ الخَمرِ؛ لأَنَّ حُرمَتَهَا اجتِهَادِيَّةٌ، وَحُرمَةُ الخَمرِ قَطعِيَّةٌ، وَلا يَجِبُ الحَدُّ بِشُربِهَا حَتَّى يَسكَرَ، وَيَجِبُ بِشُربِ قَطرَةٍ مِن الخَمرِ، وَنَجَاسَتُهَا خَفِيفَةٌ فِي رِوَايَةٍ وَغَلِيظَةٌ فِي أُخرَى، وَنَجَاسَةُ الخَمرِ غَلِيظَةٌ رِوَايَةً وَاحِدَةً.

وَيَجُوزُ بَيعُهَا، وَيَضمَنُ مُتلِفُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لهُمَا فِيهِمَا؛ لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، وَمَا شَهِدت دَلالَةٌ قَطعِيَّةٌ بِسُقُوطِ تَقَوُّمِهَا، بِخِلافِ الخَمرِ، غَيرَ أَنَّ عِندَهُ يَجِبُ قِيمَتُهَا لا مِثلُهَا عَلى مَا عُرِفَ، وَلا يُنتَفَعُ بِهَا بِوَجهٍ مِن الوُجُوهِ؛ لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيعُهَا إِذَا كَانَ الذَّاهِبُ بِالطَّبخِ أَكثَرَ مِن النِّصفِ دُونَ الثُّلُثَينِ (وَقَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا سِوَى ذَلكَ مِن الأَشرِبَةِ فَلا بَأسَ بِهِ) قَالُوا: هَذَا الجَوَابُ عَلى هَذَا العُمُومِ وَالبَيَانِ لا يُوجَدُ فِي غَيرِهِ، وَهُوَ نَصٌّ عَلى أَنَّ مَا يُتَّخَذُ مِن الحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالعَسَلِ وَالذُّرَةِ حَلالٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَلا يُحَدُّ شَارِبُهُ عِندَهُ وَإِن سَكِرَ مِنهُ، وَلا يَقَعُ طَلَاقُ السَّكرَانِ مِنهُ بِمَنزِلَةِ النَّائِمِ وَمَن ذَهَبَ عَقلُهُ بِالبَنجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حَرَامٌ وَيُحَدُّ شَارِبُهُ وَيَقَعُ طَلَاقُهُ إِذَا سَكِرَ مِنهُ كَمَا فِي سَائِرِ الأَشرِبَةِ المُحَرَّمَةِ (وَقَال فِيهِ أَيضًا: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: مَا كَانَ مِن الأَشرِبَةِ يَبقَى بَعدَ مَا يَبلُغُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَلا يَفسُدُ فَإِنِّي أَكرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلى قَول أَبِي حَنِيفَةَ).

وَقَولُهُ الأَوَّلُ مِثلُ قَول مُحَمَّدٍ إِنَّ كُلَّ مُسكِرٍ حَرَامٌ، إِلا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهَذَا الشَّرطِ، وَمَعنَى قَولهِ: يَبلُغُ: يَغلِي وَيَشتَدُّ، وَمَعنَى قَولهِ وَلا يَفسُدُ: لا يُحَمِّضُ وَوَجهُهُ أَنَّ بَقَاءَهُ هَذِهِ المُدَّةَ مِن غَيرِ أَن يُحَمِّضَ دَلالَةُ قُوَّتِهِ وَشِدَّتِهِ فَكَانَ آيَةَ حُرمَتِهِ، وَمِثلُ ذَلكَ يُروَى عَن ابنِ

عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عنهُمَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعتَبِرُ حَقِيقَةَ الشِّدَّةِ على الحدِّ الَّذِي ذَكَرنَاهُ فِيمَا يَحرُمُ أَصلُ شُربِهِ وَفِيمَا يَحرُمُ السُّكرُ مِنهُ علَى مَا نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى وَأَبُو يُوسُفَ رَجَعَ إلى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلم يُحَرِّم كُلَّ مُسكِرٍ.

وَرَجَعَ عَن هَذَا الشَّرطِ أَيضًا (وَقَال فِي المُختَصَرِ: وَنَبِيذُ التَّمرِ وَالزَّبِيبِ إذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَدنَى طَبخَةٍ حَلالٌ وَإن اشتَدَّ إذَا شُرِبَ مِنهُ مَا يَغلِبُ عَلى ظَنِّهِ أَنَّهُ لا يُسكِرُهُ مِن غَيرِ لَهوٍ وَلا طَرَبٍ)، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِندَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ حَرَامٌ، وَالكَلامُ فِيهِ كَالكَلامِ فِي المُثَلَّثِ العِنَبِيِّ وَنَذكُرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالْمُنَصَّفَ) قِيل يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَنْصُوبًا عَطْفًا عَلَى قَوْلِه البَاذَقَ: أَيْ يُسَمَّى العَصِيرُ الذَّاهِبُ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْه البَاذَقَ، وَيُسَمَّى الْمُصَنَّفَ أَيْضًا لأَنَّهُ قَال: **الأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ:** وَهِيَ الخَمْرُ، وَالعَصِيرُ الذَّاهِبُ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْه، وَنَقِيعُ التَّمْرِ، وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ. فَلوْ كَانَ البَاذَقُ غَيْرَ الْمُنَصَّفِ لكَانَتْ الأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ خَمْسَةً. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَرْفُوعًا لأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ الذَّاهِبِ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْه لأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُنَصَّفًا أَوْ غَيْرَهُ، وَالأَوَّلُ أَوْجَهُ مَعْنًى وَهَذَا أَوْجَهُ لفْظًا، لأَنَّهُ لوْ كَانَ مَنْصُوبًا لقَال أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ النِّيءُ مِنْ مَاءِ التَّمْرِ: أَيْ الرُّطْبُ) إنَّمَا فَسَّرَ التَّمْرَ بِالرُّطْبِ لأَنَّ الْمُتَّخَذَ مِنْ التَّمْرِ اسْمُهُ نَبِيذُ التَّمْرِ لا السَّكَرُ وَهُوَ حَلالٌ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلى مَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ حَرَامٌ مَكْرُوهٌ) أَرْدَفَ الحَرَامَ بِالكَرَاهَة إشَارَةً إلى أَنَّ حُرْمَتَهُ ليْسَتْ كَحُرْمَةِ الخَمْرِ، لأَنَّ مُسْتَحِلَّ الخَمْرِ يَكْفُرُ وَمُسْتَحِلَّ غَيْرِهَا لا يَكْفُرُ.

وَقَوْلُهُ (وَيَدُلُّ عَليْه مَا رَوَيْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي قَوْلَهُ ﷺ «**الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ**» وَأَشَارَ إلى الكَرْمَة وَالنَّخْلة. وَقَوْلُهُ (وَالآيَةُ مَحْمُولةٌ عَلى الابْتِدَاءِ إذْ كَانَتْ الأَشْرِبَةُ مُبَاحَةً) لأَنَّهَا مَكِّيَّةٌ وَحُرِّمَ الخَمْرُ بِالْمَدِينَة، وَهَذَا عَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالآيَةِ الامْتِنَانُ كَمَا قَال الخَصْمُ. وَقِيل أَرَادَ بِه التَّوْبِيخَ، وَمَعْنَاهُ: أَنْتُمْ لسَفَاهَتِكُمْ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا حَرَامًا وَتَدَّعُونَ رِزْقًا حَسَنًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الْمَعْنَى مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ وَلنَا أَنَّهُ رَقِيقٌ مُلذٌّ مُطْرِبٌ إلخ. وَقَوْلُهُ

غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَجِبُ قِيمَتُهَا لا مِثْلُهَا) كَمَا إِذَا أَتْلَفَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ عَلَى مَا عُرِفَ أَنَّ الْمُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي الْحَرَامِ.

وَأَوْرَدَ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهِيَ قَوْلُهُ مَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ الأَشْرِبَةِ: أَيْ مَا سِوَى الْمَذْكُورِ وَهُوَ الْخَمْرُ وَالسَّكَرُ وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ وَالطِّلاءُ وَهُوَ الْبَاذَقُ وَالْمُنَصَّفُ لِبَيَانِ أَنَّ الْعُمُومَ الْمَذْكُورَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَالَ فِيهِ) يَعْنِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

قَالَ (وَلا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ) لِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ زِيَادٍ أَنَّهُ قَالَ: سَقَانِي ابْنُ عُمَرَ ﷺ شَرْبَةً مَا كِدْتُ أَهْتَدِي إِلَى مَنْزِلِي فَغَدَوْتُ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ فَأَخْبَرْتُهُ بِذَلِكَ فَقَالَ: مَا زِدْنَاكَ عَلَى عَجْوَةٍ وَزَبِيبٍ وَهَذَا نَوْعٌ مِنَ الْخَلِيطَيْنِ وَكَانَ مَطْبُوخًا؛ لأَنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْهُ حُرْمَةُ نَقِيعِ الزَّبِيبِ وَهُوَ النِّيءُ مِنْهُ، وَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ، وَالزَّبِيبِ وَالرُّطَبِ، وَالرُّطَبِ وَالْبُسْرِ» مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الشِّدَّةِ، وَكَانَ ذَلِكَ فِي الابْتِدَاءِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ) الْخَلِيطَانِ مَاءُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا خُلِطَا فَطُبِخَا بَعْدَ ذَلِكَ أَدْنَى طَبْخَةٍ وَيُتْرَكُ إِلَى أَنْ يَغْلِيَ وَيَشْتَدَّ. وَالْعَجْوَةُ: التَّمْرُ الَّذِي يَغِيبُ فِيهِ الضِّرْسُ لِجَوْدَتِهِ. وَقَوْلُهُ (مَحْمُولٌ عَلَى الشِّدَّةِ وَكَانَ ذَلِكَ فِي الابْتِدَاءِ) يَعْنِي أَنَّ النَّهْيَ عَنْ الْجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ كَانَ فِي الابْتِدَاءِ فِي وَقْتٍ كَانَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ضِيقٌ وَشِدَّةٌ فِي أَمْرِ الطَّعَامِ لِئَلا يَجْمَعَ بَيْنَ الطَّعَامَيْنِ وَيَتْرُكَ جَارَهُ جَائِعًا بَلْ يَأْكُلُ أَحَدُهُمَا وَيُؤْثِرُ بِالآخَرِ عَلَى جَارِهِ، ثُمَّ لَمَّا وَسَّعَ اللَّهُ عَلَى عِبَادِهِ النِّعَمَ أَبَاحَ الْجَمْعَ بَيْنَ النِّعْمَتَيْنِ.

قَالَ (وَنَبِيذُ الْعَسَلِ وَالتِّينِ وَنَبِيذُ الْحِنْطَةِ وَالذُّرَةِ وَالشَّعِيرِ حَلالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَطَرَبٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، وَأَشَارَ إِلَى الْكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ» خَصَّ التَّحْرِيمَ بِهِمَا وَالْمُرَادُ بَيَانُ الْحُكْمِ، ثُمَّ قِيلَ يُشْتَرَطُ الطَّبْخُ فِيهِ لإِبَاحَتِهِ، وَقِيلَ لا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ؛ لأَنَّ قَلِيلَهُ لا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ كَيْفَمَا كَانَ.

وَهَلْ يُحَدُّ فِي الْمُتَّخَذِ مِنَ الْحُبُوبِ إِذَا سَكِرَ مِنْهُ؟ قِيلَ لا يُحَدُّ وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَ مِنْ

قَبلُ قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُحَدُّ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَن مُحَمَّدٍ فِيمَن سَكِرَ مِن الأَشرِبَةِ أَنَّهُ يُحَدُّ مِن غَيرِ تَفصِيلٍ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الفُسَّاقَ يَجتَمِعُونَ عَلَيهِ فِي زَمَانِنَا اجتِمَاعَهُم عَلَى سَائِرِ الأَشرِبَةِ، بَل فَوقَ ذَلكَ، وَكَذَلكَ المُتَّخَذُ مِن الأَلبَانِ إِذَا اشتَدَّ فَهُوَ عَلَى هَذَا وَقِيلَ: إنَّ المُتَّخَذَ مِن لبَنِ الرِّمَاكِ لا يَحِلُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ اعتِبَارًا بِلحمِهِ؛ إذ هُوَ مُتَوَلِّدٌ مِنهُ قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لأَنَّ كَرَاهَةَ لحمِهِ لمَا فِي إبَاحَتِهِ مِن قَطعِ مَادَّةِ الجِهَادِ أَو لاحتِرَامِهِ فَلا يُتَعَدَّى إلى لبَنِه.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**قيل لا يُحَدُّ**) هُوَ قَوْلُ الفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَ مِنْ قَبْلُ) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّ قَليلهُ لا يَدْعُو إلى كَثِيرِه. قِيل وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إشَارَةً إلى المَعْنَى المُسْتَفَاد مِنْ قَوْله ﷺ «**الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ**» يَعْنِي أَنَّ هَذه الأَنْبذَةَ ليْسَتْ بِمُتَّخَذَة مِمَّا هُوَ أَصْلُ الخَمْرِ.

وَقِيل هُوَ إشَارَةٌ إلى قَوْلِه بِمَنْزِلةِ النَّائِمِ وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، وَبَاقِي كَلامه وَاضِحٌ.

قَال (وَعَصِيرُ العِنَبِ إذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلالٌ وَإِن اشتَدَّ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَال مُحَمَّدٌ وَمَالكٌ وَالشَّافِعِيُّ: حَرَامٌ، وَهَذَا الخِلافُ فِيمَا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّقَوِّي، أَمَّا إذَا قَصَدَ بِهِ التَّلَهِّيَ لا يَحِلُّ بِالاتِّفَاقِ وَعَن مُحَمَّدٍ مِثلُ قَولِهِمَا، وَعَنهُ أَنَّهُ كَرِهَ ذَلكَ، وَعَنهُ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهِ لهُم فِي إثبَاتِ الحُرمَةِ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «كُلُّ مُسكِرٍ خَمرٌ»[١] وَقَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَا أَسكَرَ كَثِيرُهُ فَقَليلُهُ حَرَامٌ»[٢] وَيُروَى عَنهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَا أَسكَرَ الجَرَّةُ مِنهُ فَالجَرعَةُ مِنهُ حَرَامٌ»[٣] وَلأَنَّ المُسكِرَ يُفسِدُ العَقل فَيَكُونُ حَرَامًا قَليلُهُ وَكَثِيرُهُ كَالخَمرِ وَلهُمَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «حُرِّمَت الخَمرُ لعَينِهَا».

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه النسائي (٥١٨٠)، وابن ماجه (٣٣٩٤).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٥/١٥): هذه رواية غريبة، ولكن معناها في حديث عائشة: ما أسكر الفرق، فملء الكف منه حرام، أخرجه أبو داود والترمذي، وفي رواية للترمذي: فالحسوة منه حرام.

وَيُروَى «بِعَينِهَا قَليلهَا وَكَثِيرِهَا، وَالسُّكرُ مِن كُلِّ شَرَابٍ»[1] خَصَّ السُّكرَ بِالتَّحرِيمِ فِي غَيرِ الخَمرِ؛ إذ العَطفُ للمُغَايَرَةِ، وَلأَنَّ المُفسِدَ هُوَ القدَحُ المُسكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ عِندَنَا وَإِنَّمَا يَحرُمُ القَليلُ مِنهُ؛ لأَنَّهُ يَدعُو لرِقَّتِهِ وَلطَافَتِهِ إلى الكَثِيرِ فَأُعطِيَ حُكمَهُ، وَالمُثلَّثُ لغِلظِهِ لا يَدعُو وَهُوَ فِي نَفسِهِ غِذَاءٌ فَبَقِيَ عَلى الإِبَاحَةِ. وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ غَيرُ ثَابِتٍ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، ثُمَّ هُوَ مَحمُولٌ عَلى القَدَحِ الأَخِيرِ إذ هُوَ المُسكِرُ حَقِيقَةً وَالَّذِي يُصَبُّ عَليهِ المَاءُ بَعدَ مَا ذَهَبَ ثُلُثَاهُ بِالطَّبخِ حَتَّى يَرِقَّ ثُمَّ يُطبَخُ طَبخَةً حُكمُهُ حُكمُ المُثَلَّثِ؛ لأَنَّ صَبَّ المَاءِ لا يَزِيدُهُ إلا ضَعفًا، بِخِلافِ مَا إذَا صُبَّ المَاءُ عَلى العَصِيرِ ثُمَّ يُطبَخُ حَتَّى يَذهَبَ ثُلُثَا الكُلِّ؛ لأَنَّ المَاءَ يَذهَبُ أَوَّلا للطَافَتِهِ، أَو يَذهَبُ مِنهُمَا فَلا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَي مَاءِ العِنَبِ وَلو طُبِخَ العِنَبُ كَمَا هُوَ ثُمَّ يُعصَرُ يُكتَفَى بِأَدنَى طَبخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنهُ لا يَحِلُّ مَا لم يَذهَب ثُلُثَاهُ بِالطَّبخِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لأَنَّ العَصِيرَ قَائِمٌ فِيهِ مِن غَيرِ تَغَيُّرٍ فَصَارَ كَمَا بَعدَ العَصرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلُ قَوْلِهِمَا) أَيْ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ مَذْكُورٌ فِي النَّوَادِرِ وَلَنَا: أَيْ لِعُلَمَائِنَا الثَّلاثَةِ عَلَى القَوْلِ المُوَافِقِ لِمُحَمَّدٍ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ وَلَهُمَا: أَيْ لأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ المُفْسِدَ) لِلعَقْلِ (هُوَ القَدَحُ المُسْكِرُ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا) لا مَا قَبْلَهُ. فَإِنْ قِيلَ القَدَحُ الأَخِيرُ لَيْسَ بِمُسْكِرٍ عَلَى انْفِرَادِهِ بَل بِمَا تَقَدَّمَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْرُمَ مَا تَقَدَّمَ أَيْضًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ الحُكْمَ يُضَافُ إلى العِلَّةِ مَعْنًى وَحُكْمًا، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الإِضَافَةَ إلى العِلَّةِ اسْمًا وَمَعْنًى وَحُكْمًا أَوْلَى وَالمَجْمُوعُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ.

وَالأَوْلَى أَنْ يُقَالَ الحَرَامُ هُوَ المُسْكِرُ، وَإِطْلاقُهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مَجَازٌ وَعَلَى القَدَحِ الأَخِيرِ حَقِيقَةٌ وَهُوَ مُرَادٌ فَلا يَكُونُ المَجَازُ مُرَادًا وَقَوْلُهُ (**وَإِنَّمَا يَحْرُمُ القَلِيلُ مِنْهُ**) **أَيْ مِنَ الخَمْرِ** جَوَابُ سُؤَالٍ يُمْكِنُ تَقْرِيرُهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَّا كَانَ المُفْسِدُ هُوَ

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥١٩٣). وانظر نصب الراية (٥/١٦).

الأَخيرَ دُونَ مَا تَقَدَّمَ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ فِي الخَمْرِ كَذَلِكَ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ قَوْلِهِمْ وَلأَنَّ المُسْكِرَ يُفْسِدُ العَقْلَ فَيَكُونُ حَرَامًا قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ، وَهَذَا وَاضِحٌ. وَوَجْهُ الجَوَابِ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ القِيَاسَ ذَلِكَ، وَلَكِنْ تَرَكْنَاهُ لأَنَّ الخَمْرَ لِرِقَّتِهَا وَلَطَافَتِهَا تَدْعُو إِلَى الكَثِيرِ فَأُعْطِيَ القَلِيلُ حُكْمَ الكَثِيرِ، وَالمُثَلَّثُ لَيْسَ كَذَلِكَ لِغِلَظِهِ، وَعَلَى الثَّانِي بِطَرِيقِ الفَرْقِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ) يَعْنِي قَوْلَهُ «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ**» لَيْسَ بِثَابِتٍ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ طَعْنِ يَحْيَى بْنِ مَعِينٍ وَلَئِنْ سَلَّمْنَا ثُبُوتَهُ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى القَدَحِ الأَخِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ المَاءُ بَعْدَمَا ذَهَبَ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ حَتَّى يَرِقَّ) وَلَمْ يَذْكُرْ اسْمَهُ لاخْتِلافٍ وَقَعَ فِيهِ، فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ سَمَّاهُ يُوسُفِيًّا وَيَعْقُوبِيًّا لأَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَثِيرًا مَا كَانَ يَسْتَعْمِلُ هَذَا، وَمِنْهُمْ مَنْ سَمَّاهُ بَخْتَجًا وَحُمَيْدِيًّا، قَالَ: لأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى رَجُلٍ اسْمُهُ حُمَيْدٌ.

وَهَلْ يُشْتَرَطُ لإِبَاحَتِهِ عِنْدَهُمَا بَعْدَمَا صَبَّ المَاءَ فِيهِ أَدْنَى طَبْخَةٍ؟ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ، وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَوْلُهُ (أَوْ يَذْهَبُ مِنْهُمَا) يَعْنِي تَارَةً يَذْهَبُ المَاءُ أَوَّلا لِلطَافَتِهِ، وَتَارَةً يَذْهَبُ العَصِيرُ وَالمَاءُ مَعًا، فَلَوْ ذَهَبَا مَعًا يَحِلُّ شُرْبُهُ كَمَا يَحِلُّ شُرْبُ المُثَلَّثِ، لأَنَّهُمَا لَمَّا ذَهَبَا مَعًا كَانَ الذَّاهِبُ مِنْ العَصِيرِ أَيْضًا ثُلُثَيْنِ كَالمَاءِ، لَكِنْ لَمَّا يُتَيَقَّنْ بِذَهَابِهِمَا مَعًا وَاحْتُمِلَ ذَهَابُ المَاءِ أَوَّلا لِلطَافَتِهِ بِحُرْمَةِ شُرْبِهِ احْتِيَاطًا، لأَنَّهُ إِذَا ذَهَبَ المَاءُ أَوَّلا كَانَ الذَّاهِبُ أَقَلَّ مِنْ ثُلُثَيْ العَصِيرِ وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا وَهُوَ البَاذَقُ.

وَقَوْلُهُ (فَلا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ) أَيْ عَلَى القَطْعِ وَالبَتَاتِ. وَقَوْلُهُ (يُكْتَفَى بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ) هِيَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْهُ وَأَنْكَرَهَا المُتَقَدِّمُونَ مِنْ مَشَايِخِنَا، فَقَدْ رَوَى الحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ: سَمِعْت أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: إِنَّهَا لا تَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ، وَهَذَا أَصَحُّ لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَلَو جُمِعَ فِي الطَّبخِ بَينَ العِنَبِ وَالتَّمرِ أَو بَينَ التَّمرِ وَالزَّبِيبِ لا يَحِلُّ حَتَّى يَذهَبَ ثُلُثَاهُ لأَنَّ التَّمرَ إِن كَانَ يُكتَفَى فِيهِ بِأَدنَى طَبخَةٍ فَعَصِيرُ العِنَبِ لا بُدَّ أَن يَذهَبَ ثُلُثَاهُ فَيُعتَبَرُ جَانِبُ العِنَبِ احتِيَاطًا، وَكَذَا إِذَا جُمِعَ بَينَ عَصِيرِ العِنَبِ وَنَقِيعِ التَّمرِ لِمَا قُلنَا.

وَلو طُبِخَ نَقِيعُ التَّمرِ وَالزَّبِيبِ أَدنَى طَبخَةٍ ثُمَّ أُنقِعَ فِيهِ تَمرٌ أَو زَبِيبٌ، إن كَانَ مَا أَنقَعَ فِيهِ شَيئًا يَسِيرًا لا يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِن مِثلِهِ لا بَأسَ بِهِ، وَإِن كَانَ يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِن مِثلِهِ لم يَحِلَّ كَمَا إِذَا صُبَّ فِي المَطبُوخِ قَدَحٌ مِن النَّقِيعِ وَالمَعنَى تَغلِيبُ جِهَةِ الحُرمَةِ، وَلا حَدَّ فِي شُربِهِ؛ لأَنَّ التَّحرِيمَ لِلاحتِيَاطِ وَهُوَ لِلحَدِّ فِي دَرئِهِ.

وَلو طُبِخَ الخَمرُ أَو غَيرُهُ بَعدَ الاشتِدَادِ حَتَّى يَذهَبَ ثُلُثَاهُ لم يَحِلَّ؛ لأَنَّ الحُرمَةَ قَد تَقَرَّرَت فَلا تَرتَفِعُ بِالطَّبخِ.

قَال (وَلا بَأسَ بِالانتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالحَنتَمِ وَالمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ بَعدَ ذِكرِ هَذِهِ الأَوعِيَةِ «فَاشرَبُوا فِي كُلِّ ظَرفٍ، فَإِنَّ الظَّرفَ لا يُحِلُّ شَيئًا وَلا يُحَرِّمُهُ وَلا تَشرَبُوا المُسكِرَ»(١) وَقَال ذَلكَ بَعدَ مَا أَخبَرَ عَن النَّهيِ عَنهُ فَكَانَ نَاسِخًا لهُ، وَإِنَّمَا يُنتَبَذُ فِيهِ بَعدَ تَطهِيرِهِ، فَإِن كَانَ الوِعَاءُ عَتِيقًا يُغسَلُ ثَلاثًا فَيَطهُرُ، وَإِن كَانَ جَدِيدًا لا يَطهُرُ عِندَ مُحَمَّدٍ لِتَشَرُّبِ الخَمرِ فِيهِ بِخِلافِ العَتِيقِ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يُغسَلُ ثَلاثًا وَيُجَفَّفُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهِيَ مَسأَلَةُ مَا لا يَنعَصِرُ بِالعَصرِ، وَقِيل عَن أَبِي يُوسُفَ: يُملأُ مَاءً مَرَّةً بَعدَ أُخرَى، حَتَّى إِذَا خَرَجَ المَاءُ صَافِيًا غَيرَ مُتَغَيِّرٍ يُحكَمُ بِطَهَارَتِهِ.

الشرح:

(قَال وَلا بَأْسَ بِالانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ إلخْ) جَوَّزَ أَكْثَرُ أَهْلِ العِلمِ الانْتِبَاذَ فِي الدُّبَّاءِ وَهُوَ القَرْعُ وَالحَنْتَمُ وَهُوَ جِرَارٌ حُمْرٌ أَوْ خُضْرٌ يُحمَلُ فِيهَا الخَمْرُ إلى المَدِينَة.

الوَاحِدَةُ حَنْتَمَةٌ. وَالمُزَفَّتُ وَهُوَ الظَّرفُ المَطْلِيُّ بِالزِّفْت وَهُوَ القِيرُ، وَالنَّقِيرُ وَهُوَ الخَشَبَةُ المَنْقُورَةُ لِقَوْلِه ﷺ «نَهَيْتُكُمْ عَنْ ثَلاثٍ: عَنْ زِيَارَة القُبُورِ فَزُورُوهَا فَقَدْ أُذنَ لِمُحَمَّد فِي زِيَارَة قَبْرِ أُمِّه وَلا تَقُولُوا هُجْرًا، وَعَنْ لَحْمِ الأَضَاحِيِّ أَنْ تُمْسِكُوهُ فَوْقَ ثَلاثَة أَيَّامٍ فَأَمْسِكُوا مَا بَدَا لكُمْ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ لِيَتَّسِعَ بِه مُوسِعُكُمْ عَلى مُعْسِرِكُمْ، وَعَنْ النَّبِيذ فِي الدُّبَّاءِ وَالحَنْتَمِ وَالمُزَفَّت فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْف، فَإِنَّ الظَّرْفَ لا يُحِلُّ شَيْئًا وَلا يُحَرِّمُهُ» وَلكِنْ إنَّمَا يُنْبَذُ فِيه إنْ كَانَ فِيه خَمْرٌ بَعْدَ التَّطْهِير

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (حديث ٦٥)، وأبو داود (٣٦٩٨)، والترمذي باب ٦، والنسائي (٥٢٢٢، ٥٢٢٣).

عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. قَالَ شَيْخُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَبْسُوطِهِ: إِنَّمَا نُهِيَ عَنْ هَذِهِ الأَوْعِيَةِ عَلَى الخُصُوصِ، لأَنَّ الأَنْبِذَةَ تَشْتَدُّ فِي هَذِهِ الظُّرُوفِ أَكْثَرَ مِمَّا تَشْتَدُّ فِي غَيْرِهَا: يَعْنِي فَصَاحِبُهَا عَلى خَطَرٍ مِنْ الوُقُوعِ فِي شُرْبِ المُحَرَّمِ.

قَالَ (وَإِذَا تَخَلَّلت الخَمرُ حلَّت سَوَاءٌ صَارَت خَلاًّ بِنَفسِهَا أَو بِشَيءٍ يُطرَحُ فِيهَا، وَلا يُكرَهُ تَخليلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكرَهُ التَّخليلُ وَلا يَحِلُّ الخَلُّ الحَاصِلُ بِهِ إِن كَانَ التَّخليلُ بِإِلقَاءِ شَيءٍ فِيهِ قَولا وَاحِدًا، وَإِن كَانَ بِغَيرِ إِلقَاءِ شَيءٍ فِيهِ فَلَهُ فِي الخَلِّ الحَاصِلِ بِهِ قَولانِ لهُ أَنَّ فِي التَّخليلِ اقتِرَابًا مِن الخَمرِ عَلى وَجهِ التَّمَوُّلِ، وَالأَمرُ بِالاجتِنَابِ يُنَافِيهِ وَلَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نِعمَ الإِدَامُ الخَلُّ»[1] مِن غَيرِ فَصلٍ، وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «خَيرُ خَلِّكُم خَلُّ خَمرِكُم» وَلأَنَّ بِالتَّخلِيلِ يَزُولُ الوَصفُ المُفسِدُ وَتَثبُتُ صِفَةُ الصَّلاحِ مِن حَيثُ تَسكِينُ الصَّفرَاءِ وَكَسرُ الشَّهوَةِ، وَالتَّغَذِّي بِهِ وَالإِصلاحُ مُبَاحٌ، وَكَذَا الصَّالِحُ لِلمَصَالِحِ اعتِبَارًا بِالمُتَخَلِّلِ بِنَفسِهِ وَبِالدِّبَاغِ وَالاقتِرَابُ لإِعدَامِ الفَسَادِ فَأَشبَهَ الإِرَاقَةَ، وَالتَّخلِيلُ أَولى لِمَا فِيهِ مِن إِحرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَلالا فِي الثَّانِي فَيَختَارُهُ مَن أُبتُلِيَ بِهِ، وَإِذَا صَارَ الخَمرُ خَلاًّ يَطهُرُ مَا يُوَازِيهَا مِن الإِنَاءِ، فَأَمَّا أَعلاهُ وَهُوَ الَّذِي نَقَصَ مِنهُ الخَمرُ قِيلَ يَطهُرُ تَبَعًا وَقِيلَ لا يَطهُرُ؛ لأَنَّهُ خَمرٌ يَابِسٌ إِلا إِذَا غُسِلَ بِالخَلِّ فَيَتَخَلَّلُ مِن سَاعَتِهِ فَيَطهُرُ، وَكَذَا إِذَا صُبَّ فِيهِ الخَمرُ ثُمَّ مُلِئَ خَلاًّ يَطهُرُ فِي الحَالِ عَلى مَا قَالُوا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَإِذَا تَخَلَّلَتْ الخَمْرُ**) يَعْنِي أَنَّ خَلَّ الخَمْرِ حَلالٌ عِنْدَنَا سَوَاءٌ تَخَلَّلَتْ بِنَفْسِهَا أَوْ خُلِّلَتْ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ التَّخَلُّلُ بِإِلقَاءِ شَيْءٍ فِيهَا كَالملحِ وَغَيْرِهِ فَهُوَ حَرَامٌ قَوْلا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ بِالنَّقْلِ مِنْ الظِّلِّ إِلى الشَّمْسِ وَعَكْسِهِ فَلَهُ قَوْلانِ. وَقَالَ فِي الفَرْقِ: مَا أُلقِيَ فِي الخَمْرِ يَتَنَجَّسُ بِمُلاقَاتِهِ الخَمْرَ، وَالمُتَنَجِّسُ لا يُفِيدُ الطَّهَارَةَ لِغَيْرِهِ، وَلَيْسَ فِيمَا إِذَا تَخَلَّلَتْ بِنَفْسِهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ. وَدَلِيلُهُ عَلى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**نِعْمَ الإِدَامُ الخَلُّ**» هُوَ

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (حديث ١٦٧- ١٦٩)، وأبو داود في الأطعمة باب ٣٩، والترمذي في الأطعمة باب ٣٤.

يَتَنَاوَلُ الْمُخَلَّل وَالْمُتَخَلِّل لا مَحَالَةَ، وَلأَنَّ التَّخْلِيل إِصْلاحُ الْمُفْسِدِ بِإِثْبَاتِ صِفَةِ الصَّلاحِ مِنْ حَيْثُ التَّغَذِّي بِهِ وَكَسْرُ الشَّهْوَةِ وَتَسْكِينُ الصَّفْرَاءِ وَغَيْرُ ذَلِكَ، وَإِصْلاحُ الْمُفْسِدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا فَلا أَقَلَّ مِنْ الإِبَاحَةِ وَالْمُنَازِعُ مُكَابِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ الْمُخَلَّلُ صَالِحٌ لِلْمَصَالِحِ، وَالصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ مُبَاحٌ اعْتِبَارًا بِالْمُتَخَلِّلِ بِنَفْسِهِ وَبِالدِّبَاغِ. وَقَوْلُهُ (وَالاقْتِرَابُ لإِعْدَامِ الْفَسَادِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إِنَّ فِي التَّخْلِيلِ اقْتِرَابًا مِنْ الْخَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ. وَوَجْهُهُ لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ بَلِ الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ إِعْدَامُ الْفَسَادِ وَذَلِكَ بِالإِرَاقَةِ جَائِزٌ فَبِالتَّخْلِيلِ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَلالا فِي الْمَآلِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ وَمَا بَعْدَهُ إلا الْمُكَابَرَةَ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا تَصْنَعُ بِقَوْلِهِ ﷺ «**لا وَلَكِنْ أَرِقْهَا** حِينَ سَأَلَهُ أَبُو طَلْحَةَ عَنْ تَخْلِيلِ خَمْرِ أَيْتَامٍ عِنْدَهُ»، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ نَهَى أَنْ يُتَّخَذَ الْخَمْرُ خَلًّا» أُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ التَّحْرِيمِ قَمْعًا لَهُمْ أَنْ يَحُومُوا حَوْلَ الْخُمُورِ كَمَا حَرَّمَ الانْتِبَاذَ فِي الأَوْعِيَةِ الْمَذْكُورَةِ مَعَ تَصْرِيحِهِ ثَانِيًا بِأَنَّ الظَّرْفَ لا يُحَرِّمُهُ.

وَيُوَضِّحُهُ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَمَرَ بِكَسْرِ الدِّنَانِ وَشَقِّ الزِّقَاقِ» وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الْمُرَادَ بِالاتِّخَاذِ الاسْتِعْمَالُ كَمَا فِي النَّهْيِ عَنْ اتِّخَاذِ الدَّوَابِّ كَرَاسِيَّ، فَإِنَّ الْمُرَادَ بِهِ الاسْتِعْمَالُ وَلَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَحۡبَارَهُمۡ وَرُهۡبَٰنَهُمۡ أَرۡبَابٗا مِّن دُونِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٣١] قَالَ عَدِيُّ بْنُ حَاتِمٍ: مَا عَبَدْنَاهُمْ قَطُّ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: أَلَيْسَ كَانُوا يَأْمُرُونَ وَيَنْهَوْنَ وَتُطِيعُونَهُمْ؟ قَالَ نَعَمْ، فَقَالَ: هُوَ ذَاكَ» فَسَّرَ الاتِّخَاذَ بِالاسْتِعْمَالِ.

قال (وَيُكرَهُ شُربُ دُردِيِّ الخَمرِ وَالامتِشَاطُ بِهِ)؛ لأَنَّ فِيهِ أَجزَاءَ الخَمرِ، وَالانتِفَاعُ بِالمُحَرَّمِ حَرَامٌ، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ أَن يُدَاوِيَ بِهِ جُرحًا أَو دَبرَةَ دَابَّةٍ وَلا أَن يَسقِيَ ذِمِّيًّا وَلا أَن يَسقِيَ صَبِيًّا لِلتَّدَاوِي، وَالوَبَالُ عَلَى مَن سَقَاهُ، وَكَذَا لا يَسقِيهَا الدَّوَابَّ وَقِيلَ: لا تُحمَلُ الخَمرُ إِلَيهَا، أَمَّا إِذَا قِيدَت إِلَى الخَمرِ فَلا بَأسَ بِهِ كَمَا فِي الكَلبِ وَالمَيتَةِ وَلَو أُلقِيَ الدُّردِيُّ فِي الخَلِّ لا بَأسَ بِهِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ خَلًّا لَكِن يُبَاحُ حَملُ الخَلِّ إِلَيهِ لا عَكسُهُ لِمَا قُلنَا.

الشرح:

دُرْدِيُّ الْخَمْرِ وَغَيْرِهَا: مَا يَبْقَى فِي أَسْفَلِهِ، وَمَعْنَاهُ يَحْرُمُ **شُرْبُ دُرْدِيِّ الْخَمْرِ وَالانْتِفَاعُ بِهِ**، وَإِنَّمَا خَصَّ الامْتِشَاطَ لأَنَّ لَهُ تَأْثِيرًا فِي تَحْسِينِ الشَّعْرِ. وَقَوْلُهُ لِمَا قُلْنَا

إشَارَةٌ إلى التَّعْليل المُسْتَفَاد مِنْ قَوْلِه كَمَا فِي الكَلب وَالمَيْتَة.

قَال (وَلا يُحَدُّ شَارِبُهُ) أي شَارِبُ الدُّردِيِّ (إن لم يَسكَر) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُحَدُّ؛ لأنَّهُ شَرِبَ جُزءًا مِن الخَمرِ وَلَنَا أنَّ قَليلَهُ لا يَدعُو إلى كَثيرِهِ لمَا فِي الطِّبَاعِ مِن النُّبوَةِ عَنهُ فكَانَ نَاقِصًا فَأشبَهَ غَيرَ الخَمرِ مِن الأشرِبَةِ وَلا حَدَّ فِيهَا إلا بِالسُّكرِ، وَلأنَّ الغَالِبَ عَليهِ الثُّفلُ فَصَارَ كَمَا إذَا غَلَبَ عَليهِ المَاءُ بِالامتِزَاجِ.

الشرح:

(وَلا يُحَدُّ شَارِبُ الدُّرْدِيِّ إنْ لَمْ يَسْكَرْ) خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ قَال: لأَنَّهُ شَرِبَ جُزْءًا مِنْ الخَمْرِ فَيَجِبُ الحَدُّ وَلَنَا إلخْ وَاضِحٌ.

(وَيُكرَهُ الاحتِقَانُ بِالخَمرِ وَإقطَارُهَا فِي الإحليل)؛ لأنَّهُ انتِفَاعٌ بِالمُحَرَّمِ وَلا يَجِبُ الحَدُّ لِعَدَمِ الشُّربِ وَهُوَ السَّبَبُ، وَلو جُعِل الخَمرُ فِي مَرَقَةٍ لا تُؤكَلُ لِتَنَجُّسِهَا بِهَا وَلا حَدَّ مَا لم يَسكَر مِنهُ؛ لأنَّهُ أصَابَهُ الطَّبخُ وَيُكرَهُ أكلُ خُبزٍ عُجِنَ عَجِينُهُ بِالخَمرِ لِقِيَامِ أجزَاءِ الخَمرِ فِيهِ.

فَصلٌ فِي طبخ العَصِيرِ

وَالأصلُ أنَّ مَا ذَهَبَ بِغَليَانِهِ بِالنَّارِ وَقَذَفَهُ بِالزَّبَدِ يُجعَلُ كَأن لم يَكُن وَيُعتَبَرُ ذَهَابُ ثُلُثَي مَا بَقِيَ لِيَحِلَّ الثُّلُثُ البَاقِي، بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِقَ مِن عَصِيرٍ طبخ فَذَهَبَ دورَقٌ بِالزَّبَدِ يطبخ البَاقِي حتَّى يَذهَبَ سِتَّةُ دَوَارِق وَيَبقَى الثُّلُثُ فَيَحِلُّ؛ لأنَّ الَّذِي يَذهَبُ زَبَدًا هُوَ العَصِيرُ أو مَا يُمَازِجُهُ، وَأيًّا مَا كَانَ جُعِل كَأنَّ العَصِيرَ تِسعَةُ دَوَارِق فَيَكُونُ ثُلُثُهَا ثَلاثَةً وَأصلٌ آخَرُ أنَّ العَصِيرَ إذَا صُبَّ عَليهِ مَاءٌ قَبل الطبخ ثُمَّ طبخ بِمَائِهِ، إن كَانَ المَاءُ أسرَعَ ذَهَابًا لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ يطبخ البَاقِي بَعدَ مَا ذَهَبَ مِقدَارُ مَا صُبَّ فِيهِ مِن المَاءِ حَتَّى يَذهَبَ ثُلُثَاهُ؛ لأنَّ الذَّاهِبَ الأوَّل هُوَ المَاءُ وَالثَّانِي العَصِيرُ، فَلا بُدَّ مِن ذَهَابِ ثُلُثَي العَصِيرِ، وَإن كَانَا يَذهَبَانِ مَعًا تُغلى الجُملَةُ حَتَّى يَذهَبَ ثُلُثَاهُ وَيَبقَى ثُلُثُهُ فَيَحِلُّ؛ لأنَّهُ ذَهَبَ الثُّلُثَانِ مَاءً وَعَصِيرًا وَالثُّلُثُ البَاقِي مَاءٌ وَعَصِيرٌ فَصَارَ كَمَا إذَا صُبَّ المَاءُ فِيهِ بَعدَ مَا ذَهَبَ مِن العَصِيرِ بِالغَلي ثُلُثَاهُ بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِق مِن عَصِيرٍ وَعِشرُونَ دَورَقًا مِن مَاءٍ فَفِي الوَجهِ الأوَّل يطبخ حَتَّى يَبقَى تُسعُ الجُملَةِ؛ لأنَّهُ ثُلُثُ العَصِيرِ؛ وَفِي الوَجهِ الثَّانِي حَتَّى يَذهَبَ ثُلُثَا الجُملَةِ لِمَا قُلنَا، وَالغَليُ بِدَفعَةٍ أو دَفعَاتٍ سَوَاءٌ إذَا حَصَل قَبل أن يَصِيرَ مُحَرَّمًا وَلو

قُطِعَ عَنهُ النَّارُ فغَلى حتَّى ذَهَبَ الثُّلُثَانِ يَحِلُّ؛ لأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ وَأَصلٌ آخَرُ أَنَّ العَصِيرَ إِذَا طبخ فذَهَبَ بَعضُهُ ثُمَّ أُهرِيقَ بَعضُهُ كَم تطبخ البَقِيَّةُ حتَّى يَذهَبَ الثُّلُثَانِ فَالسَّبِيلُ فِيهِ أَن تَأخُذَ ثُلُثَ الجَمِيعِ فتَضرِبَهُ فِي البَاقِي بَعدَ المُنصَبِّ ثُمَّ تَقسِمَهُ على مَا بَقِيَ بَعدَ ذَهَابِ مَا ذَهَبَ بالطبخ قَبل أَن يَنصَبَّ مِنهُ شَيءٌ فَمَا يَخرُجُ بِالقِسمَةِ فَهُوَ حَلالٌ بَيَانُهُ عَشَرَةُ أَرطَال عَصِيرٍ طبخ حتَّى ذَهَبَ رِطلٌ ثُمَّ أُهرِيقَ مِنهُ ثَلاثَةُ أَرطَالٍ تَأخُذُ ثُلُثَ العَصِيرِ كُلِّهُ وَهُوَ ثَلاثَةٌ وَثُلُثٌ وَتَضرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ بَعدَ المُنصَبِّ هُوَ سِتَّةٌ فَيَكُونُ عِشرِينَ ثُمَّ تَقسِمُ العِشرِينَ عَلى مَا بَقِيَ بَعدَ مَا ذَهَبَ بالطبخ مِنهُ قَبل أَن يَنصَبَّ مِنهُ شَيءٌ وَذَلكَ تِسعَةٌ، فَيَخرُجُ لكُلِّ جُزءٍ مِن ذَلكَ اثنَانِ وَتُسعَانِ، فعَرَفت أَنَّ الحَلال فِيمَا بَقِيَ مِنهُ رِطلانِ وَتُسعَانِ، وَعَلى هَذَا تُخَرَّجُ المَسَائِلُ وَلَها طَرِيقٌ آخَرُ، وَفِيمَا اكتَفَينَا بِهِ كِفَايَةٌ وَهِدَايَةٌ إِلى تَخرِيجِ غَيرِهَا مِن المَسَائِل والله أعلم بالصواب.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي طبخ العَصِيرِ**): لَمَّا كَانَ طَبْخُ العَصِيرِ مِنْ أَسْبَابِ مَنْعِه عَنْ التَّخَمُّرِ أَلحَقَهُ بالأَشْرِبَةِ تَعْلِيمًا لإِبْقَاءِ مَا هُوَ حَلالٌ عَلى حِلِّه. الدَّوْرَقُ: مِكْيَالٌ لِلشَّرَابِ وَهُوَ عَجَمِيٌّ. قَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ يَذْهَبَانِ مَعًا تُغْلى الجُمْلَةُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ) قَال فِي النِّهَايَةِ: كَأَنَّ مُحَمَّدًا عَلِمَ أَنَّ العَصِيرَ عَلى نَوْعَيْنِ: مِنْهُ مَا لوْ صُبَّ فِيهِ المَاءُ وَطُبِخَ يَذْهَبُ المَاءُ أَوَّلا، وَمِنْهُ إِذَا صُبَّ فِيهِ المَاءُ يَذْهَبَانِ مَعًا. فَفَصَّل الجَوَابَ فِيهِ تَفْصِيلا.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ المَاءَ مَتَى مَا كَانَ أَسْرَعَ ذَهَابًا فَإِنَّهُ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى ثُلُثُ العَصِيرِ، وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا فَإِنَّهُ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى ثُلُثُ الكُلِّ. وَقَوْلُهُ (فَفِي الوَجْهِ الأَوَّل) يَعْنِي مَا يَذْهَبُ فِيهِ المَاءُ أَوَّلا. وَقَوْلُهُ يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى تُسْعُ الجُمْلَةِ.

قَال شَيْخُ الإِسْلامِ: طَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ يُجْعَل كُلُّ عَشَرَةٍ مِنْ المَاءِ وَالعَصِيرِ عَلى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ، لأَنَّك تَحْتَاجُ إِلى أَنْ تَجْعَل عَشَرَةَ دَوَارِقَ عَصِيرٍ عَلى ثَلاثَةٍ لِحَاجَتِك إِلى الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ فَيَكُونُ المَاءُ سِتَّةً وَالعَصِيرُ ثَلاثَةً وَالكُلُّ تِسْعَةَ أَسْهُمٍ، فَإِذَا ذَهَبَ المَاءُ أَوَّلا فَقَدْ ذَهَبَ سِتَّةٌ مِنْ تِسْعَةٍ، وَمَا ذَهَبَ يُجْعَلُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ لأَنَّهُ مَا بَقِيَ العَصِيرُ لا غَيْرُ وَهُوَ ثَلاثَةُ أَسْهُمٍ يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ فَقَدْ ذَهَبَ مَرَّةً سِتَّةٌ وَمَرَّةً اثْنَانِ فَقَدْ ذَهَبَ ثَمَانِيَةٌ وَبَقِيَ وَاحِدٌ وَهُوَ تُسْعُ الكُلِّ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي) يَعْنِي الَّذِي يَذْهَبُ المَاءُ

وَالعَصِيرُ مَعًا (يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ عِشْرُونَ وَيَبْقَى عَشَرَةٌ) لأَنَّهُ يَذْهَبُ بِالغَلَيَانِ ثُلُثَا العَصِيرِ وَثُلُثَا المَاءِ وَالبَاقِي ثُلُثُ العَصِيرِ وَثُلُثُ المَاءِ، فَهِيَ وَمَا لَوْ صُبَّ المَاءُ فِي العَصِيرِ بَعْدَ مَا صَارَ مُثَلَّثًا سَوَاءٌ.

وَقَوْلُهُ (يَحِلُّ) لأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ. مِثَالُهُ لَوْ طُبِخَ عَصِيرٌ حَتَّى ذَهَبَ ثَلاثَةُ أَخْمَاسِهِ وَبَقِيَ خُمُسَاهُ ثُمَّ قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَلَمْ يَبْرُدْ حَتَّى ذَهَبَ عَنْهُ تَمَامُ الثُّلُثَيْنِ فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ، لأَنَّهُ صَارَ مُثَلَّثًا بِقُوَّةِ النَّارِ، فَإِنَّ الَّذِي بَقِيَ مِنْ الحَرَارَةِ بَعْدَمَا قَطَعَ عَنْهُ أَثَرَ تِلْكَ النَّارِ فَهُوَ وَمَا لَوْ صَارَ مُثَلَّثًا وَالنَّارُ تَحْتَهُ سَوَاءٌ، هَذَا بِخِلافِ مَا إذَا بَرَدَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُثَلَّثًا ثُمَّ غَلِيَ وَاشْتَدَّ حَتَّى ذَهَبَ بِالغَلَيَانِ مِنْهُ شَيْءٌ، فَإِنَّهُ لا يَحِلُّ لأَنَّ الغَلَيَانَ بَعْدَمَا انْقَطَعَ عَنْهُ أَثَرُ النَّارِ لا يَكُونُ إلا بَعْدَ الشِّدَّةِ وَحِينَ اشْتَدَّ صَارَ مُحَرَّمًا.

وَقَوْلُهُ (بَيَانُهُ عَشَرَةُ أَرْطَالِ عَصِيرٍ، إلى قَوْلِه: فَعَرَفْت أَنَّ الحَلالَ مَا بَقِيَ مِنْهُ رِطْلانِ وَتُسْعَانِ) وَهَذَا لأَنَّ الرِّطْلَ الذَّاهِبَ بِالطَّبْخِ فِي المَعْنَى دَاخِلٌ فِيمَا بَقِيَ، وَكَانَ البَاقِي إنْ لَمْ يُنْصَبَّ مِنْهُ شَيْءٌ تِسْعَةُ أَرْطَالٍ فَعَرَفْنَا أَنَّ كُلَّ رِطْلٍ مِنْ ذَلِكَ فِي مَعْنَى رِطْلٍ وَتُسْعِ رِطْلٍ، لأَنَّ الرِّطْلَ الذَّاهِبَ بِالغَلَيَانِ يُقْسَمُ عَلى مَا بَقِيَ اتِّسَاعًا، فَإِذَا انْصَبَّ مِنْهُ ثَلاثَةُ أَرْطَالٍ فَهَذَا فِي المَعْنَى ثَلاثَةُ أَرْطَالٍ وَثَلاثَةُ أَتْسَاعِ رِطْلٍ فَيَكُونُ البَاقِي مِنْهُ سِتَّةَ أَرْطَالٍ وَسِتَّةَ أَتْسَاعِ رِطْلٍ فَيَطْبُخُهُ حَتَّى يَبْقَى مِنْهُ الثُّلُثُ وَهُوَ رِطْلانِ وَتُسْعَا رِطْلٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلَهَا طَرِيقٌ آخَرُ) قِيلَ هُوَ أَنْ يُجْعَلَ الذَّاهِبُ بِالغَلَيَانِ مِنْ الحَرَامِ، لأَنَّهُ إنَّمَا يُطْبَخُ لِيَذْهَبَ الحَرَامُ وَيَبْقَى الحَلالُ، فَثُلُثَا عَشَرَةِ أَرْطَالٍ حَرَامٌ وَهُوَ سِتَّةُ أَرْطَالٍ، وَثُلُثَا رِطْلٍ وَثُلُثُهُ حَلالٌ وَهُوَ ثَلاثَةُ أَرْطَالٍ وَثُلُثُ رِطْلٍ، وَالذَّاهِبُ بِالطَّبْخِ ذَاهِبٌ مِنْ الحَرَامِ، وَالبَاقِي تِسْعَةُ أَرْطَالٍ وَالحَلالُ مِنْهَا ثَلاثَةُ أَرْطَالٍ وَثُلُثُ رِطْلٍ، وَالحَرَامُ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ وَثُلُثَا رِطْلٍ، فَإِذَا أُرِيقَ ثُلُثُهُ فَهُوَ مِنْ الحَلالِ وَالحَرَامِ جَمِيعًا لأَنَّهُ لا تَعَلُّقَ لِلذَّاهِبِ عَيْنًا بِالحَلالِ أَوْ بِالحَرَامِ وَكَانَ الذَّاهِبُ مِنْهُمَا عَلى السَّوَاءِ، فَذَهَبَ مِنْ الحَلالِ ثُلُثُهُ وَهُوَ رِطْلٌ وَتُسْعٌ فَيَبْقَى ثُلُثَاهُ رِطْلانِ وَتُسْعَا رِطْلٍ.

وَلَوْ رُمْت زِيَادَةَ الانْكِشَافِ فَاجْعَل كُلَّ رِطْلٍ تُسْعًا لاحْتِيَاجِك إلى حِسَابٍ لَهُ ثُلُثٌ وَلِثُلُثِه ثُلُثٌ وَهُوَ تِسْعَةٌ فَصَارَتْ أَرْطَالُ الحَلالِ ثَلاثِينَ سَهْمًا وَقَدْ أُرِيقَ ثُلُثُهُ وَهُوَ عَشَرَةٌ فَيَبْقَى عِشْرُونَ وَهُوَ رِطْلانِ وَتُسْعَا رِطْلٍ.

كِتَابُ الصَّيدِ

قَالَ: الصَّيدُ الاصطِيَادُ، وَيُطلقُ عَلى مَا يُصَادُ، وَالفِعلُ مُبَاحٌ لغَيرِ المُحرمِ فِي غَيرِ الحَرَمِ لقَولهِ تَعَالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ **[المائدة: ٢] وَقَولُهُ عَزَّ وَجَلَّ** ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ **[التوبة: ٩٦] وَلقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لعَدِيٍّ بنِ حَاتِمِ الطَّائِيِّ ﷺ «إِذَا أَرسَلتَ كَلبَكَ المُعَلَّمَ وَذَكَرتَ اسمَ اللَّهِ عَليهِ فَكُل، وَإِن أَكَلَ مِنهُ فَلا تَأكُل؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا أَمسَكَ عَلى نَفسِهِ، وَإِن شَارَكَ كَلبَكَ كَلبٌ آخَرُ فَلا تَأكُل فَإِنَّكَ إِنَّمَا سَمَّيتَ عَلَى كَلبِكَ وَلَم تُسَمِّ عَلى كَلبِ غَيرِكَ»[1] وَعَلى إِبَاحَتِهِ انعَقَدَ الإِجمَاعُ وَلأَنَّهُ نَوعُ اكتِسَابٍ وَانتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخلُوقٌ لذَلكَ، وَفِيهِ استِبقَاءُ المُكَلَّفِ وَتَمكِينُهُ مِن إِقَامَةِ التَّكَاليفِ فَكَانَ مُبَاحًا بِمَنزِلَةِ الاحتِطَابِ ثُمَّ جُملَةُ مَا يَحوِيهِ الكِتَابُ فَصلانِ: أَحَدُهُمَا فِي الصَّيدِ بِالجَوَارِحِ وَالثَّانِي فِي الاصطِيَادِ بِالرَّميِ.**

الشرح:

(كِتَابُ الصَّيْدِ): مُنَاسَبَةُ كِتَابِ الصَّيْدِ لِكِتَابِ الأَشْرِبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الأَشْرِبَةِ وَالصَّيْدِ مِمَّا يُورِثُ السُّرُورَ، إِلا أَنَّهُ قَدَّمَ الأَشْرِبَةَ لِحُرْمَتِهَا اعْتِنَاءً بِالاحْتِرَازِ عَنْهَا وَمَحَاسِنُهُ مَحَاسِنُ المَكَاسِبِ.

وَسَبَبُهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ حَالِ الصَّائِدِ، فَقَدْ يَكُونُ الحَاجَةُ إِلَيْهِ، وَقَدْ يَكُونُ إِظْهَارَ الجَلادَةِ، وَقَدْ يَكُونُ الفَرَحُ. وَالصَّيْدُ مَصْدَرٌ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ المَفْعُولُ، وَهُوَ حَلالٌ وَحَرَامٌ، لأَنَّ الصَّائِدَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُحْرِمًا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ حَرَامٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَإِمَّا إِنْ اصْطَادَ فِي الحَرَمِ أَوْ لا؛ فَإِنْ اصْطَادَ فِيهِ فَكَذَلِكَ، وَإِلا فَهُوَ حَلالٌ إِذَا وُجِدَ خَمْسَةَ عَشَرَ شَرْطًا: خَمْسَةٌ فِي الصَّائِدِ: وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الذَّكَاةِ، وَأَنْ يُوجَدَ مِنْهُ الإِرْسَالُ، وَأَنْ لا يُشَارِكَهُ فِي الإِرْسَالِ مَنْ لا يَحِلُّ صَيْدُهُ، وَأَنْ لا يَتْرُكَ التَّسْمِيَةَ عَامِدًا، وَأَنْ لا يَشْتَغِلَ بَيْنَ الإِرْسَالِ وَالأَخْذِ بِعَمَلٍ آخَرَ، وَخَمْسَةٌ فِي الكَلْبِ: أَنْ يَكُونَ مُعَلَّمًا وَأَنْ يَذْهَبَ عَلَى سُنَنِ الإِرْسَالِ وَأَنْ لا يُشَارِكَهُ فِي الأَخْذِ مَا لا يَحِلُّ صَيْدُهُ، وَأَنْ يَقْتُلَهُ جَرْحًا، وَأَنْ لا يَأْكُلَ مِنْهُ.

---

(١) أخرجه البخاري في الوضوء باب ٣٣، ومسلم في الصيد حديث (٣، ٤، ٥).

وَخَمْسَةٌ فِي الصَّيْدِ: أَنْ لا يَكُونَ مِنْ الحَشَرَاتِ وَأَنْ لا يَكُونَ مِنْ بَنَاتِ الْمَاءِ إلا السَّمَكَ وَأَنْ يَمْنَعَ نَفْسَهُ بِجَنَاحَيْهِ أَيْ قَوَائِمِهِ وَأَنْ لا يَكُونَ مُتَقَوِّيًا بِأَنْيَابِهِ أَوْ بِمِخْلَبِهِ وَأَنْ يَمُوتَ بِهَذَا قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إلى ذَبْحِهِ كَذَا فِي النِّهَايَةِ مَنْسُوبًا إلى الخُلاصَةِ وَفِيهِ تَسَامُحٌ لأَنَّ هَذَا شَرْطُ الاصْطِيَادِ لِلأَكْلِ بِالكَلْبِ لا غَيْرُ، عَلَى أَنَّهُ لَوْ انْتَفَى بَعْضُهُ لَمْ يَحْرُمْ كَمَا لَوْ اشْتَغَلَ بِعَمَلٍ آخَرَ لَكِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا فَذَبَحَهُ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَمُتْ بِهَذَا لَكِنَّهُ ذَبَحَهُ فَإِنَّهُ صَيْدٌ، وَهُوَ حَلالٌ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإِجْمَاعِ، أَمَّا الكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾؛ فَإِنَّ أَدْنَى مَرْتَبَةِ الأَمْرِ الإِبَاحَةُ وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الحِلِّ إِذَا زَالَ الإِحْرَامُ. وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ اسْتِدْلالٌ بِمَفْهُومِ الغَايَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، وَلَوْ ذَكَرَ مَكَانَهُ ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ كَانَ أَنْسَبَ.

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَقَوْلُهُ ﷺ لِعَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَلَمْ يُرْوَ خِلافٌ لأَحَدٍ فِي إِبَاحَتِهِ فَكَانَ إِجْمَاعًا. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ نَوْعُ اكْتِسَابٍ، وَالاكْتِسَابُ مُبَاحٌ كَالاحْتِطَابِ) اسْتِدْلالٌ بِالْمَعْقُولِ.

فَصلٌ فِي الجوَارِحِ

قَال (وَيَجُوزُ الاصطِيَادُ بِالكَلبِ المُعَلَّمِ وَالفَهدِ وَالبَازِي وَسَائِرِ الجوَارِحِ المُعَلَّمَةِ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيءٍ عَلَّمته مِن ذِي نَابٍ مِن السِّبَاعِ وَذِي مِخلبٍ مِن الطَّيرِ فَلا بَأسَ بِصَيدِهِ، وَلا خَيرَ فِيمَا سِوَى ذَلكَ إلا أَن تُدرِكَ ذَكَاتَهُ) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُه تَعَالى ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] وَالجوَارِحُ: الكَوَاسِبُ قَال فِي تَأوِيلِ المُكَلِّبِينَ: المُسَلِّطِينَ، فَيَتَنَاوَلُ الكُلَّ بِعُمُومِهِ، دَلَّ عَليهِ مَا رَوَينَا مِن حَدِيثِ عَدِيٍّ ﷺ وَاسمُ الكَلبِ فِي اللُّغَةِ يَقَعُ عَلَى كُلِّ سَبُعٍ حَتَّى الأَسَدِ وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اُستُثنِيَ مِن ذَلكَ الأَسَدُ وَالدُّبُّ؛ لأَنَّهُمَا لا يَعمَلانِ لِغَيرِهِمَا الأَسَدُ لِعُلُوِّ هِمَّتِهِ وَالدُّبُّ لِخَسَاسَتِهِ، وَأَلحَقَ بِهِمَا بَعضُهُم الحِدَأَةَ لِخَسَاسَتِهَا، وَالخِنزِيرُ مُستَثنًى؛ لأَنَّهُ نَجِسُ العَينِ فَلا يَجُوزُ الانتِفَاعُ بِهِ ثُمَّ لا بُدَّ مِن التَّعلِيمِ؛ لأَنَّ مَا تَلَونَا مِن النَّصِّ يَنطِقُ بِاشتِرَاطِ التَّعلِيمِ وَالحَدِيثِ بِهِ وَبِالإِرسَالِ، وَلأَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ آلَةً بِالتَّعلِيمِ لِيَكُونَ عَامِلا لهُ فَيَتَرَسَّلُ بِإِرسَالِهِ وَيُمسِكُهُ عَليهِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي الجوَارِحِ): قَدَّمَ فَصْلَ الجَوَارِحِ عَلَى فَصْلِ الرَّمْيِ لِمَا أَنَّ آلَةَ الصَّيْدِ

هَاهُنَا حَيَوَانٌ وَفِي الرَّمْيِ جَمَادٌ، وَللفَاضِل تَقَدُّمٌ عَلى المَفْضُول. قَال (وَيَجُوزُ الاصْطِيَادُ بالكَلبِ المُعَلَّمِ إلخ) يَجُوزُ **الاصْطِيَادُ بالكَلب المُعَلَّمِ وَالفَهْد المُعَلَّم وَالبَازِي المُعَلَّم وَسَائِرِ الجَوَارِحِ المُعَلَّمَة**، وَهَذَا بِعُمُومه يَتَنَاوَلُ الأَسَدَ وَالذِّئْبَ وَالدُّبَّ وَالخنْزِيرَ، لكِنَّ **الخنْزِيرَ** لكَوْنه نَجسَ العَيْنِ لا يَجُوزُ الانْتِفَاعُ بِه، وَكَانَ ذَلكَ مَعْلُومًا لكُلِّ أَحَد فَلَمْ يَسْتَثْنِه، وَالبَاقِيَةُ إنْ أَمْكَنَ تَعْليمُهَا جَازَ الاصْطِيَادُ بِهَا، لكنَّهُمْ قَالُوا: لا يُمْكِنُ تَعْليمُ الأَسَدِ وَالدُّبِّ لأَنَّ مِنْ عَادَتِهِمَا أَنَّهُمَا إذَا أَمْسَكَا صَيْدًا لا يَأْكُلانه فِي الحَال.

وَالتَّعَلُّمُ إنَّمَا يَتحَقَّقُ بتَرْكِ الأَكْل فَلا يُعْلمُ أَنَّهُ تَرَكَ عَادَةً أَوْ تَعَلُّمًا، وَلأَنَّ التَّعْليمَ لأَنْ يُمْسكَ للغَيْرِ وَالأَسَدُ لعُلُوِّ همَّتِه لا يَفْعَلُ ذَلكَ وَالدُّبُّ لخَسَاسَته، وَلهَذَا اسْتَثْنَاهُمَا أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَأَلحَقَ بَعْضُهُمْ الحِدَأَةَ بالدُّبِّ لمَعْنَى الخَسَاسَة، وَإِنَّمَا أَوْرَدَ رِوَايَةَ الجَامعِ الصَّغيرِ لقَوْله: وَلا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلكَ: أَيْ فِيمَا سِوَى المُعَلَّمَة مِنْ ذِي النَّابِ وَالمخْلب، فَإنَّ رِوَايَةَ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَدُلُّ عَلى الإثْبَاتِ لا غَيْرُ، وَرِوَايَةُ الجَامعِ الصَّغيرِ تَدُلُّ عَلى الإثْبَاتِ وَالنَّفْيِ جَميعًا.

(وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ) أَيْ فِي جَوَازِ الاصْطِيَاد بالمَذْكُورِ قَوْله تَعَالى ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ وَذَلكَ لأَنَّهُ مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله تَعَالى ﴿ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾ [المائدة: ٤] أَيْ أُحلَّ لكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَصَيْدُ مَا عَلَّمْتُمْ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ القِرَانَ فِي النَّظْمِ لا يُوجِبُ القِرَانَ فِي الحُكْمِ.

وَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ إذَا لَمْ يَدُلَّ الدَّليلُ عَلى القِرَان وَهَاهُنَا قَدْ دَلَّ، فَإنَّ قَوْله تَعَالى ﴿ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾ جَوَابٌ عَنْ قَوْله ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ﴾ فَإنْ لَمْ يَكُنْ ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ ﴾ مُقَارنًا لهُ لَمْ يَكُنْ ذكْرُهُ عَلى مَا يَنْبَغِي، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنْ الجَوَارِحِ شَرْطِيَّةً، وَجَوَابُهُ ﴿ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ وَهُوَ سَالمٌ عَنْ الاعْتِرَاضِ المَذْكُورِ فَالحَمْلُ عَليْه أَوْلى.

وَالجَوَارِحُ: الكَوَاسبُ مِنْ سِبَاعِ البَهَائِمِ وَالطَّيْرِ كَالكَلب وَالفَهْد وَالنَّمرِ وَالعُقَاب وَالصَّقْرِ وَالبَازِي وَالشَّاهِين وَغَيْرِهمَا قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ أَمْ حَسِبَ ٱلَّذِينَ ٱجْتَرَحُوا۟ ٱلسَّيِّـَٔاتِ ﴾ [الجاثية: ٢١] وَإِنَّمَا قَال فِي تَأْوِيلٍ لأَنَّهُ فِي تَأْوِيلٍ آخَرَ هِيَ الَّتِي تَجْرَحُ مِنْ الجرَاحَة، وَالمُكَلِّبِينَ بِمَعْنَى المُسَلَّطِينَ فَيَتَنَاوَلُ الكُلَّ بِعُمُومِه، وَلكِنْ لَمَّا كَانَ التَّأْديبُ غَالبًا

فِي الكِلابِ أُشْتُقَّ مِنْ لفْظِه. وَفِيهِ إشَارَةٌ إلى نَفْيِ مَا ذَهَبَ إلَيْه ابْنُ عُمَرَ وَمُجَاهِدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُ لا يَجُوزُ الاصْطِيَادُ إلا بِالكَلبِ مُسْتَدِلِّينَ بِلفْظِ مُكَلِّبِينَ.

وَاسْتَدَلَّ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلى صِحَّةِ التَّأْوِيلِ بِعُمُومِ حَدِيثِ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ. وَقَال: وَاسْمُ الكَلبِ يَقَعُ فِي اللُّغَةِ عَلى كُلِّ سَبُعٍ حَتَّى الأَسَدِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي دُعَائِه «**اللَّهُمَّ سَلِّطْ عَلَيْهِ كَلبًا مِنْ كِلابِك**» فَافْتَرَسَهُ الأَسَدُ.

وَقَوْلُهُ: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِه فَيَتَنَاوَلُ الكُلَّ بِعُمُومِه.

قَال: (تَعليمُ الكَلبِ أَن يَترُكَ الأَكل ثَلاثَ مَرَّاتٍ، وَتَعليمُ البَازِي أَن يَرجِعَ وَيُجِيبَ إذَا دَعَوتَهُ) وَهُوَ مَأثُورٌ عَن ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا، وَلأَنَّ بَدَنَ البَازِيِّ لا يَحتَمِلُ الضَّربَ، وَبَدَنُ الكَلبِ يَحتَمِلُهُ فَيُضرَبُ لِيَترُكَهُ، وَلأَنَّ آيَةَ التَّعليمِ تَركُ مَا هُوَ أَلُوفٌ عَادَةً، وَالبَازِيُّ مُتَوَحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ فَكَانَت الإِجَابَةُ آيَةَ تَعليمِهِ وَأَمَّا الكَلبُ فَهُوَ مَألُوفٌ يَعتَادُ الانتِهَابَ فَكَانَ آيَةُ تَعليمِهِ تَركَ مَألُوفِهِ وَهُوَ الأَكلُ وَالاستِلابُ ثُمَّ شُرِطَ تَركُ الأَكل ثَلاثًا وَهَذَا عِندَهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأَنَّ فِيمَا دُونَهُ مَزِيدَ الاحتِمَال فَلَعَلَّهُ تَرَكَهُ مَرَّةً أَو مَرَّتَينِ شِبعًا، فَإِذَا تَرَكَهُ ثَلاثًا دَلَّ عَلى أَنَّهُ صَارَ عَادَةً لَهُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الثَّلاثَ مُدَّةٌ ضُرِبَت لِلاختِبَارِ وَإِبلاءِ الأَعذَارِ كَمَا فِي مُدَّةِ الخِيَارِ وَفِي بَعضِ قَصَصِ الأَخيَارِ؛ وَلأَنَّ الكَثِيرَ هُوَ الَّذِي يَقَعُ أَمَارَةً عَلى العِلمِ دُونَ القَلِيل، وَالجَمعُ هُوَ الكَثِيرُ وَأَدنَاهُ الثَّلاثُ فَقُدِّرَ بِهَا وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الأَصل: لا يَثبُتُ التَّعليمُ مَا لَم يَغلِب عَلى ظَنِّ الصَّائِدِ أَنَّهُ مُعَلَّمٌ، وَلا يُقَدَّرُ بِالثَّلاثِ؛ لأَنَّ المَقَادِيرَ لا تُعرَفُ اجتِهَادًا بَل نَصًّا وَسَمَاعًا وَلا سَمعَ فَيُفَوَّضُ إلى رَأيِ المُبتَلى بِهِ كَمَا هُوَ أَصلُهُ فِي جِنسِهَا وَعَلى الرِّوَايَةِ الأُولى عِندَهُ يَحِلُّ مَا اصطَادَهُ ثَالِثًا وَعِندَهُمَا لا يَحِلُّ؛ لأَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ مُعَلَّمًا بَعدَ تَمَامِ الثَّلاثِ وَقَبل التَّعلِيمِ غَيرُ مُعَلَّمٍ، فَكَانَ الثَّالِثُ صَيدَ كَلبٍ جَاهِلٍ وَصَارَ كَالتَّصَرُّفِ المُبَاشِرِ فِي سُكُوتِ المَولى وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعلِيمِهِ عِندَهُ فَكَانَ هَذَا صَيدَ جَارِحَةٍ مُعَلَّمَةٍ، بِخِلافِ تِلكَ المَسأَلَةِ؛ لأَنَّ الإِذنَ إعلامٌ وَلا يَتَحَقَّقُ دُونَ عِلمِ العَبدِ وَذَلكَ بَعدَ المُبَاشَرَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ آيَةَ تَعْلِيمِه تَرْكُ مَا هُوَ مَأْلُوفُهُ عَادَةً). قِيل فِيه نَظَرٌ، لأَنَّ هَذَا الفَرْقَ لا يَتَأَتَّى فِي الفَهْدِ وَالنَّمِرِ فَإِنَّهُ مُتَوَحِّشٌ كَالبَازِي، ثُمَّ الحُكْمُ فِيه وَفِي الكَلبِ سَوَاءٌ

فَالْمُعْتَمَدُ هُوَ الأَوَّلُ، وَلَيْسَ بِوَارِدٍ لأَنَّهُ إِنَّمَا ذَكَرَهُ فَرْقًا بَيْنَ الكَلْبِ وَالبَازِي لا غَيْرُ وَذَلِكَ صَحِيحٌ، وَإِذَا أُرِيدَ الفَرْقُ عُمُومًا فَالْمُعْتَمَدُ هُوَ الأَوَّلُ.

وَقَوْلُهُ: (وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الأَخْيَارِ) قِيلَ أَرَادَ بِهِ حِكَايَةَ مُوسَى مَعَ الخَضِرِ عَلَيْهِمَا الصَّلاةُ وَالسَّلامُ حَيْثُ قَالَ فِي الكَرَّةِ الثَّالِثَةِ ﴿هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨] وَقَوْلُهُ (كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا) أَيْ أَصْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي جِنْسِ المَقَادِيرِ نَحْوُ حَبْسِ الغَرِيمِ وَحَدِّ التَّقَادُمِ وَتَقْدِيرِ مَا غَلَبَ فِي نَزْحِ مَاءِ البِئْرِ المُعَيَّنَةِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ) أَيْ أَنَّ تَرْكَ الأَكْلِ عَلامَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَ الثَّالِثِ، لأَنَّهُ إِنَّمَا يُحْكَمُ بِكَوْنِهِ مُعَلَّمًا بِطَرِيقِ تَعْيِينِ إِمْسَاكِهِ الثَّالِثَ عَلَى صَاحِبِهِ، وَإِذَا حَكَمْنَا أَنَّهُ يُمْسِكُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَقَدْ أَخَذَهُ بَعْدَ إِرْسَالِ صَاحِبِهِ فَيَحِلُّ.

قَالَ (وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ أَوْ بَازِيَهُ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ إِرْسَالِهِ فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عَدِيٍّ ﷺ، وَلأَنَّ الكَلْبَ أَوِ البَازِيَ آلَةٌ، وَالذَّبْحُ لا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الآلَةِ إِلا بِالاسْتِعْمَالِ وَذَلِكَ فِيهِمَا بِالإِرْسَالِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الرَّمْيِ وَإِمْرَارِ السِّكِّينِ فَلا بُدَّ مِنَ التَّسْمِيَةِ عِنْدَهُ وَلَوْ تَرَكَهُ نَاسِيًا حَلَّ أَيْضًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُرْمَةُ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي الذَّبَائِحِ وَلا بُدَّ مِنَ الجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِيَتَحَقَّقَ الذَّكَاةُ الاضْطِرَارِيُّ وَهُوَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِنَ البَدَنِ بِانْتِسَابِ مَا وُجِدَ مِنَ الآلَةِ إِلَيْهِ بِالاسْتِعْمَالِ وَفِي ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الجُرْحِ؛ إِذْ هُوَ مِنَ الجُرْحِ بِمَعْنَى الجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ فَيُحْمَلُ عَلَى الجَارِحِ الكَاسِبِ بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ وَلا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَشْتَرِطُ رُجُوعًا إِلَى التَّأْوِيلِ الأَوَّلِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ) يُرِيدُ رِوَايَةَ الزِّيَادَاتِ فَإِنَّهُ قَالَ: لَوْ قَتَلَ الكَلْبُ أَوْ البَازِي الصَّيْدَ مِنْ غَيْرِ جَرْحٍ لا يَحِلُّ، وَأَشَارَ فِي الأَصْلِ إِلَى أَنَّهُ يَحِلُّ، وَالفَتْوَى عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (فِي تَأْوِيلٍ) يَعْنِي غَيْرَ مَا أَوَّلْنَاهُ أَوَّلا وَهُوَ قَوْلُهُ وَالجَوَارِحُ الكَوَاسِبُ فِي تَأْوِيلٍ.

وَذَلِكَ مَا يَكُونُ جَارِحًا حَقِيقَةً بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ فَيُحْمَلُ عَلَى الجَارِحِ الكَاسِبِ: يَعْنِي

يُجْمَعُ فِي الآيَةِ بَيْنَ التَّأْوِيلَيْنِ لِعَدَمِ التَّنَافِي بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ لأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ النَّصَّ إذَا أُورِدَ وَفِيهِ اخْتِلافُ المَعَانِي، فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ يُحْمَلُ عَلَى أَحَدِهِمَا بِدَلِيلٍ يُوجِبُ التَّرْجِيحَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ يَثْبُتُ الجَمِيعُ أَخْذًا بِالمُتَيَقَّنِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قِيلَ أُرِيدَ بِهِ الحَبَلُ، وَقِيلَ الحَيْضُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا مُرَادَانِ لأَنَّهُ لا تَنَافِيَ هَاهُنَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الجَرْحَ إمَّا أَنْ يَكُونَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الكَسْبِ وَالجَرْحِ الَّذِي تَحْصُلُ بِهِ الجِرَاحَةُ، أَوْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِي أَحَدِهِمَا مَجَازًا فِي الآخَرِ، وَالمُشْتَرَكُ لا عُمُومَ لَهُ وَالجَمْعُ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ عِنْدَنَا لا يَجُوزُ، بِخِلافِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ فَإِنَّهُ لَفْظٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الجَمِيعَ بِالتَّوَاطُؤِ وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ) أَيْ فِي الجَارِحِ الكَاسِبِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ.

وَقَوْلُهُ: (رُجُوعًا إلَى التَّأْوِيلِ الأَوَّلِ) يَعْنِي مَا سَبَقَ مِنْ الكَوَاسِبِ.

وَقَوْلُهُ: (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ لا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا، وَفِيهِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ.

قَالَ (فَإِن أَكَلَ مِنهُ الكَلبُ أَو الفَهدُ لم يُؤكَل وَإِن أَكَلَ مِنهُ البَازِي أُكِلَ) وَالفَرقُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي دَلالَةِ التَّعلِيمِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِمَا رَوَينَا مِن حَدِيثِ عَدِيٍّ ﷺ وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَولِهِ القَدِيمِ فِي إبَاحَةِ مَا أَكَلَ الكَلبُ مِنهُ (وَلَو أَنَّهُ صَادَ صُيُودًا وَلَم يَأكُل مِنهَا ثُمَّ أَكَلَ مِن صَيدٍ لا يُؤكَلُ هَذَا الصَّيدُ)؛ لأَنَّهُ عَلامَةُ الجَهلِ، وَلا مَا يَصِيدُهُ بَعدَهُ حَتَّى يَصِيرَ مُعَلَّمًا عَلَى اختِلافِ الرِّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الابتِدَاءِ وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِن قَبلُ فَمَا أَكَلَ مِنهَا لا تَظهَرُ الحُرمَةُ فِيهِ لانعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا لَيسَ بِمُحرَزٍ بِأَن كَانَ فِي المَفَازَةِ بِأَن لَم يَظفَر صَاحِبُهُ بَعدَ تَثبُتِ الحُرمَةِ فِيهِ بِالاتِّفَاقِ، وَمَا هُوَ مُحرَزٌ فِي بَيتِهِ يَحرُمُ عِندَهُ خِلافًا لَهُمَا هُمَا يَقُولانِ: إنَّ الأَكلَ لَيسَ يَدُلُّ عَلَى الجَهلِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ لأَنَّ الحِرفَةَ قَد تُنسَى، وَلأَنَّ فِيمَا أَحرَزَهُ قَد أَمضَى الحُكمَ فِيهِ الاجتِهَادُ فَلا يُنقَضُ بِاجتِهَادٍ مِثلِهِ؛ لأَنَّ المَقصُودَ قَد حَصَلَ بِالأَوَّلِ، بِخِلافِ غَيرِ المُحرَزِ؛ لأَنَّهُ مَا حَصَلَ المَقصُودُ مِن كُلِّ وَجهٍ لِبَقَائِهِ صَيدًا مِن وَجهٍ لِعَدَمِ الإِحرَازِ فَحَرَّمنَاهُ احتِيَاطًا وَلَهُ أَنَّهُ آيَةُ جَهلِهِ مِنَ الابتِدَاءِ؛ لأَنَّ الحِرفَةَ لا يُنسَى أَصلُهَا، فَإِذَا أَكَلَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَركَ الأَكلِ لِلشِّبَعِ لا لِلعِلمِ، وَتَبَدَّلَ الاجتِهَادُ قَبلَ حُصُولِ المَقصُودِ؛ لأَنَّهُ بِالأَكلِ فَصَارَ كَتَبَدُّلِ اجتِهَادِ القَاضِي قَبلَ القَضَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ حُجَّةٌ على مَالكٍ وَالشَّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي قَوْلِهِ القَدِيمِ فِي **إبَاحَةِ مَا أَكَلَ الكَلْبُ مِنْهُ**) يَعْنِي حَدِيثَ عَدِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ: رَوَى أَبُو ثَعْلَبَةَ الخُشَنِيُّ ﷺ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَال لَهُ فِي صَيْدِ الكَلْبِ: **كُلْ وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ**» وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ لَهُمَا أُجِيبَ بِأَنَّهُ خَبَرُ وَاحِدٍ لا يُعَارِضُ قَوْله تَعَالَى ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ فَإِنَّ الإِمْسَاكَ عَلَيْهِمْ أَنْ لا يَأْكُلَ مِنْهُ، وَحِينَ أَكَلَ مِنْهُ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ عَدِيٍّ «**فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلا تَأْكُل لأَنَّهُ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِه**» وَقَوْلُهُ (عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا ابْتِدَاءً) أَرَادَ مَا ذُكِرَ أَنَّهُ يَحِلُّ عِنْدَهُ مَا اصْطَادَهُ ثَالِثًا إلخ، وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِنْ قَبْلُ) وَاضِحٌ، وَحَاصِلُ ذَلِكَ فِي المُحْرَزِ الَّذِي لَمْ يُؤْكَل أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَحْكُمُ بِجَهْلِهِ مُسْتَنِدًا، وَهُمَا يَقُولَانِ بِالاقْتِصَارِ عَلَى مَا أُكِلَ، لأَنَّ مَا أَحْرَزَهُ المَالِكُ حَكَمَ بِإِبَاحَتِهِ بِاجْتِهَادٍ وَقَدْ حَصَلَ المَقْصُودُ بِهِ وَهُوَ الإِحْرَازُ فَلا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ آخَرَ مِثْلِهِ بَعْدَهُ. وَالجَوَابُ مَا قَال، وَتَبَدُّلُ الاجْتِهَادِ قَبْل حُصُولِ المَقْصُودِ لأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الأَكْلُ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ آخَرَ كَتَبَدُّلِ اجْتِهَادِ القَاضِي قَبْل القَضَاءِ. وَمَا قَال أَبُو حَنِيفَةَ أَقْرَبُ إلى الاحْتِيَاطِ وَعَلَيْهِ مَبْنَى الحِلِّ وَالحُرْمَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا بَاعَ شَيْئًا مِنْ صُوَرِهِ المُقَدَّرَةِ وَالحُكْمُ فِيهِ كَالَّذِي فِيهِ الخِلَافُ إِذَا تَصَادَقَ البَائِعُ وَالمُشْتَرِي عَلَى جَهَالَةِ الكَلْبِ.

(وَلو أَنَّ صَقرًا فَرَّ مِن صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا ثُمَّ صَادَ لا يُؤكَلُ صَيدُهُ)؛ لأَنَّهُ تَركَ مَا صَارَ بِهِ عَالمًا فَيُحكَمُ بِجَهلِهِ كَالكَلبِ إِذَا أَكَلَ مِن الصَّيدِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا ثُمَّ صَادَ) يَعْنِي بَعْدَمَا رَجَعَ إِلَى صَاحِبِهِ لَمْ يُؤْكَل، وَأَمَّا قَبْل الرُّجُوعِ إِلَيْهِ فَلا شُبْهَةَ فِي حُرْمَةِ مَا صَادَهُ لانْتِفَاءِ الإِرْسَالِ، وَمَسْأَلَةُ الوَثْبَةِ فِي الكِتَابِ مَعْلُومَةٌ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ مَا وَثَبَ فَأَخَذَ مِنْ صَاحِبِهِ وَأَكَل وَبَيْنَ مَا أَكَل بَعْدَمَا قَتَل، فَإِنَّ الصَّيْدَ كَمَا خَرَجَ عَنْ الصَّيْدِيَّةِ بِأَخْذِ صَاحِبِهِ جَازَ أَنْ يَخْرُجَ أَيْضًا بِقَتْلِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَعَرَّضْ بِالأَكْلِ حَتَّى أَخَذَهُ صَاحِبُهُ دَلَّ أَنَّهُ كَانَ مُمْسِكًا عَلَى صَاحِبِهِ وَانْتِهَاسُهُ مِنْهُ وَمِنْ لَحْمٍ آخَرَ فِي خَلَاةِ صَاحِبِهِ سَوَاءٌ، أَمَّا إِذَا أَكَلَ قَبْلَ الأَخْذِ فَقَدْ كَانَ مُمْسِكًا عَلَى نَفْسِهِ.

(وَلو شَرِبَ الكَلبُ مِن دَمِ الصَّيدِ وَلم يَأكُل مِنهُ أُكِل)؛ لأَنَّهُ مُمسِكٌ للصَّيدِ عَليهِ، وَهَذَا مِن غَايَةِ عِلمِهِ حَيثُ شَرِبَ مَا لا يَصلُحُ لِصَاحِبِهِ وَأَمسَكَ عَليهِ مَا يَصلُحُ لهُ

(وَلو أَخَذَ الصَّيدَ مِن المُعلَّمِ ثُمَّ قَطَعَ مِنهُ قِطعَةً وَأَلقَاهَا إليهِ فَأَكَلهَا يُؤكَلُ مَا بَقِيَ)؛ لأَنَّهُ لم يَبقَ صَيدًا فَصَارَ كَمَا إذَا أَلقَى إليهِ طَعَامًا غَيرَهُ، وَكَذَا إذَا وَثَبَ الكَلبُ فَأَخَذَهُ مِنهُ وَأَكَل مِنهُ؛ لأَنَّهُ مَا أَكَل مِن الصَّيدِ، وَالشَّرطُ تَركُ الأَكل مِن الصَّيدِ فَصَارَ كَمَا إذَا افتَرَسَ شَاتَهُ، بِخِلافِ مَا إذَا فَعَل ذَلكَ قَبل أَن يُحرِزَهُ المَالكُ؛ لأَنَّهُ بَقِيَت فِيهِ جِهَةُ الصَّيدِيَّةِ

(وَلو نَهَسَ الصَّيدَ فَقَطَعَ مِنهُ بِضعَةً فَأَكَلهَا ثُمَّ أَدرَكَ الصَّيدَ فَقَتَلهُ وَلم يَأكُل مِنهُ لم يُؤكَل)؛ لأَنَّهُ صَيدُ كَلبٍ جَاهِلٍ حَيثُ أَكَل مِن الصَّيدَ

(وَلو أَلقَى مَا نَهَسَهُ وَاتَّبَعَ الصَّيدَ فَقَتَلهُ وَلم يَأكُل مِنهُ وَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ ثُمَّ مَرَّ بِتِلكَ البِضعَةِ فَأَكَلهَا يُؤكَلُ الصَّيدُ)؛ لأَنَّهُ لو أَكَل مِن نَفسِ الصَّيدِ فِي هَذِهِ الحَالةِ لم يَضُرَّهُ، فَإِذَا أَكَل مَا بَانَ مِنهُ وَهُوَ لا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ أَولى، بِخِلافِ الوَجهِ الأَوَّل؛ لأَنَّهُ أَكَل فِي حَالةِ الاصطِيَادِ فَكَانَ جَاهِلا مُمسِكًا لنَفسِهِ، وَلأَنَّ نَهسَ البِضعَةِ قَد يَكُونُ ليَأكُلهَا وَقَد يَكُونُ حِيلةً فِي الاصطِيَادِ ليَضعُفَ بِقَطعِ القِطعَةِ مِنهُ فَيُدرِكَهُ، فَالأَكلُ قَبل الأَخذِ يَدُلُّ عَلى الوَجهِ الأَوَّل، وَبَعدَهُ عَلى الوَجهِ الثَّانِي فَلا يَدُلُّ عَلى جَهلهِ.

قَال (وَإِن أَدرَكَ المُرسِلُ الصَّيدَ حَيًّا وَجَبَ عَليهِ أَن يُذَكِّيَهُ، وَإِن تَرَكَ تَذكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لم يُؤكَل، وَكَذَا البَازِيُّ وَالسَّهمُ)؛ لأَنَّهُ قَدَرَ عَلى الأَصل قَبل حُصُول المَقصُودِ بِالبَدَل، إذ المَقصُودُ هُوَ الإِبَاحَةُ وَلم تَثبُت قَبل مَوتِهِ فَبَطَل حُكمُ البَدَل، وَهَذَا إذَا تَمَكَّنَ مِن ذَبحِهِ أَمَّا إذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلم يَتَمَكَّن مِن ذَبحِهِ وَفِيهِ مِن الحَيَاةِ فَوقَ مَا يَكُونُ فِي المَذبُوحِ لم يُؤكَل فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَحِلُّ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ لم يَقدِر عَلى الأَصل فَصَارَ كَمَا إذَا رَأَى المَاءَ وَلم يَقدِر عَلى الاستِعمَال وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَدَرَ اعتِبَارًا؛ لأَنَّهُ ثَبَّتَ يَدَهُ عَلى حَسَبِ تَفَاوُتِهِم فِي الكِيَاسَةِ وَالهِدَايَةِ فِي أَمرِ

الذَّبحِ فَأُدِيرَ الحُكمُ عَلى مَا ذَكَرنَا، بِخِلافِ مَا إذَا بَقِيَ فِيهِ مِن الحَيَاةِ مِثلُ مَا يَبقَى فِي المَذبُوحِ؛ لأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكمًا، أَلا تَرَى أَنَّهُ لو وَقَعَ فِي المَاءِ وَهُوَ بِهَذِهِ الحَالَةِ لم يَحرُم كَمَا إذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ وَالمَيِّتُ لَيسَ بِمُذبَحٍ وَفَصَّلَ بَعضُهُم فِيهَا تَفصِيلا وَهُوَ أَنَّهُ إن لم يَتَمَكَّن لِفَقدِ الآلَةِ لم يُؤكَل، وَإن لم يَتَمَكَّن بِضِيقِ الوَقتِ لم يُؤكَل عِندَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ إذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ لم يَبقَ صَيدًا فَبَطَلَ حُكمُ ذَكَاةِ الاضطِرَارِ، وَهَذَا إذَا كَانَ يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ، أَمَّا إذَا شَقَّ بَطنَهُ وَأَخرَجَ مَا فِيهِ ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ حَلَّ؛ لأَنَّ مَا بَقِيَ اضطِرَابُ المَذبُوحِ فَلا يُعتَبَرُ كَمَا إذَا وَقَعَت شَاةٌ فِي المَاءِ بَعدَمَا ذُبِحَت وَقِيلَ هَذَا قَولُهُمَا، أَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلا يُؤكَلُ أَيضًا؛ لأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا فَلا يَحِلُّ إلا بِذَكَاةِ الاختِيَارِ رُدَّ إلى المُتَرَدِّيَةِ عَلى مَا نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى هَذَا الَّذِي ذَكَرنَا إذَا تَرَكَ التَّذكِيَةَ، فَلو أَنَّهُ ذَكَّاهُ حَلَّ أَكلُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا المُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَالمَوقُوذَةُ، وَالَّذِي يَبقُرُ الذِّئبُ بَطنَهُ وَفِيهِ حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ أَو بَيِّنَةٌ، وَعَلَيهِ الفَتوَى لِقَولِهِ تَعَالى ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [المائدة: ٣] استَثنَاهُ مُطلَقًا مِن غَيرِ فَصلٍ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ إذَا كَانَ بِحَالٍ لا يَعِيشُ مِثلُهُ لا يَحِلُّ؛ لأَنَّهُ لم يَكُن مَوتُهُ بِالذَّبحِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إن كَانَ يَعِيشُ فَوقَ مَا يَعِيشُ المَذبُوحُ يَحِلُّ وَإلا فَلا؛ لأَنَّهُ لا مُعتَبَرَ بِهَذِهِ الحَيَاةِ عَلى مَا قَرَّرنَاهُ (وَلو أَدرَكَهُ وَلم يَأخُذهُ، فَإن كَانَ فِي وَقتٍ لو أَخَذَهُ أَمكَنَهُ ذَبحُهُ لم يُؤكَل)؛ لأَنَّهُ صَارَ فِي حُكمِ المَقدُورِ عَلَيهِ (وَإن كَانَ لا يُمكِنُهُ ذَبحُهُ أُكِلَ)؛ لأَنَّ اليَدَ لم تَثبُت بِهِ، وَالتَّمَكُّنُ مِن الذَّبحِ لم يُوجَد (وَإن أَدرَكَهُ فَذَكَّاهُ حَلَّ لَهُ)؛ لأَنَّهُ إن كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُستَقِرَّةٌ فَالذَّكَاةُ وَقَعَت مَوقِعَهَا بِالإِجمَاعِ، وَإن لم يَكُن فِيهِ حَيَاةٌ مُستَقِرَّةٌ؛ فَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَاتُهُ الذَّبحُ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ وَقَد وُجِدَ، وَعِندَهُمَا لا يُحتَاجُ إلى الذَّبحِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ إلخ) الْمُرْسِلُ إنْ أَدْرَكَ الصَّيْدَ حَيًّا فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِه أَوْ لا، فَإِنْ تَمَكَّنَ مِنْ ذَبْحِهِ وَلَمْ يَذْبَحْ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَل سَوَاءٌ كَانَتْ الحَيَاةُ فِيه بَيِّنَةً أَوْ خَفِيَّةً.

وَإِنْ ذَبَحَ حَلَّ فِي قَوْل أَصْحَابِنَا جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ حُكْمُ البَازِيِّ وَالسَّهْمِ، وَذَلكَ لأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الأَصْل قَبْل حُصُول المَقْصُودِ بِالبَدَل لأَنَّ المَقْصُودَ بِالبَدَل إبَاحَةُ الأَكْل وَلَمْ

يَثْبُتْ قَبْل مَوْتِهِ وَالقُدْرَةُ عَلى الأَصْل قَبْل ذَلكَ تُبْطِلُ البَدَل وَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ ذَبْحِه لِعَدَمِ الآلة أَوْ ضِيقِ الوَقْت، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيه مِنْ الحَيَاة فَوْقَ مَا يَكُونُ فِي المَذْبُوحِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ لَمْ يُؤْكَل فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُؤْكَلُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلى الأَصْل قَبْل حُصُول المَقْصُود بِالبَدَل إِذْ الفَرْضُ أَنَّهُ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ الذَّبْحِ فَصَارَ كَمَنْ رَأَى المَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلى الاسْتِعْمَال.

وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَة أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ حَقِيقَةً فَقَدْ قَدَرَ اعْتِبَارًا لأَنَّهُ تَثْبُتُ يَدُهُ عَلى المَذْبُوحِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامَ التَّمَكُّنِ مِنْ الذَّبْحِ، إِذْ لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ: أَيْ اعْتِبَارُ التَّمَكُّنِ مِنْ الذَّبْحِ لأَنَّهُ لا بُدَّ لَهُ مِنْ مُدَّة وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِيهَا عَلى حَسَب تَفَاوُتِهِمْ فِي الكِيَاسَة وَالهِدَايَة فِي أَمْرِ الذَّبْحِ، فَمِنْهُمْ مَنْ يَتَمَكَّنُ فِي سَاعَة، وَمِنْهُمْ مَنْ لا يَتَمَكَّنُ فِي أَكْثَرَ. وَمَا كَانَ كَذَلكَ لا يُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْه لِعَدَمِ انْضِبَاطِه فَأُدِيرَ عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ ثُبُوت اليَد عَلى المَذْبَحِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ الحَيَاةُ فِيه فَوْقَ مَا تَكُونُ فِي المَذْبُوحِ بَل كَانَتْ بِمِقْدَارِ مَا يَكُونُ فِيه وَلَمْ يَذْبَحْ حَتَّى مَاتَ أُكِل لأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ وَقَعَ فِي المَاء وَهُوَ بِهَذِه الصِّفَة لا يَحْرُمُ كَمَا إِذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ.

وَالمَيِّتُ لَيسَ بِمَذْبَحٍ: أَيْ لَيسَ بِمَحَلٍّ لِلذَّبْحِ فَلَمْ تَثْبُتْ يَدُهُ عَلى الذَّبْحِ لِيُقَامَ مَقَامَ التَّمَكُّنِ مِنْ الذَّبْحِ. وَفَصَّل بَعْضُ المَشَايِخ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الحَيَاةُ فِيه فَوْقَ مَا تَكُونُ فِي المَذْبُوحِ فَقَال: إِنْ كَانَ عَدَمُ التَّمَكُّنِ لِفَقْدِ الآلة لَمْ يُؤْكَل لأَنَّهُ مُفَرِّطٌ، وَإِنْ كَانَ لِضِيقِ الوَقْتِ لَمْ يُؤْكَل عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ وَالحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ قَالُوا: لَمْ يَقْدِرْ عَلى الأَصْل وَلَمْ يُفَرِّطْ فَكَانَ حَلالا.

وَقُلنَا: وَقَعَ فِي يَدِه وَهُوَ حَيٌّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَمْ يَبْقَ صَيْدًا فَبَطَل حُكْمُ ذَكَاة الاضْطِرَار. فَإِنْ قِيل: وَضْعُ المَسْأَلة فِيمَا تَكُونُ الحَيَاةُ فِيه فَوْقَ مَا تَكُونُ فِي المَذْبُوحِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ ضِيقُ الوَقْتِ عَنْ الذَّبْحِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ المِقْدَارَ الَّذِي يَكُونُ فِي المَذْبُوحِ بِمَنْزِلة العَدَمِ لِكَوْن الصَّيْدِ فِي حُكْمِ المَيِّت، وَالزَّائِدُ عَلى ذَلكَ قَدْ لا يَسَعُ الذَّبْحَ فَكَانَ عَدَمُ التَّمَكُّنِ مُتَصَوَّرًا (وَهَذَا) أَيْ مَا ذَكَرْنَا مِنْ إِقَامَة ثُبُوتِ اليَد مَقَامَ التَّمَكُّنِ حَتَّى لا يَحِلَّ بِدُون الذَّكَاة فِيمَا إِذَا كَانَ بَقَاؤُهُ مُتَوَهَّمًا.

أَمَّا إِذَا شَقَّ الكَلبُ المُعَلَّمُ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيه ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِه وَلَمْ يُدْرِكْهُ

حَلَّ، لأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ مَذْبُوحٍ فَلا يُعْتَبَرُ كَمَا إذَا وَقَعَتْ شَاةٌ فِي المَاءِ بَعْدَ مَا ذُبِحَتْ (وَقِيل) هُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ (هَذَا قَوْلُهُمَا.

أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلا يُؤْكَلُ هَذَا أَيْضًا لأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا فَلا يَحِلُّ إلا بِذَكَاةِ الاخْتِيَارِ رَدًّا إلى المُتَرَدِّيَة) أَيْ اعْتِبَارًا بِهَا (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا) أَنَّهُ لا يُؤْكَلُ عِنْدَهُ إذَا شَقَّ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيه إذَا تَرَكَ التَّذْكِيَةَ، فَأَمَّا إذَا ذَكَّاهُ فَقَدْ حَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ، (وَكَذَا المُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَالمَوْقُوذَةُ وَالَّذِي بُقِرَ) أَيْ شَقَّ (الذِّئْبُ بَطْنَهُ وَفِيه حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ أَوْ بَيِّنَةٌ) إذَا ذُبِحَ حَلَّ عِنْدَهُ (وَعَلَيْهِ الفَتْوَى لِقَوْلِه تَعَالى ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ اسْتَثْنَاهُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ) وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا بُدَّ مِنْ حَيَاةٍ بَيِّنَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ يَعِيشُ مِثْلُهُ، فَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلا يَحِلُّ أَكْلُهُ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْتُهُ بِالذَّبْحِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا بُدَّ مِنْ حَيَاةٍ بَيِّنَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ يَعِيشُ فَوْقَ مَا يَعِيشُ المَذْبُوحُ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ حَلَّ أَكْلُهُ وَإِلا فَلا (لأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِهَذِهِ الحَيَاةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إشَارَةً إلى قَوْلِه لأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا، وَقِيل إلى قَوْلِه لأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ فَلا يُعْتَبَرُ وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ) يُرِيدُ أَنَّ المَسَائِلَ المُتَقَدِّمَةَ كَانَتْ فِيمَا أَخَذَهُ الصَّائِدُ وَهَاهُنَا أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه لأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا.

(وَإِذَا أَرسَلَ كَلبَهُ المُعَلَّمَ عَلَى صَيدٍ وَأَخَذَ غَيرَهُ حَلَّ) وَقَالَ مَالكٌ: لا يَحِلُّ؛ لأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيرِ إرسَالٍ؛ إذ الإِرسَالُ مُختَصٌّ بِالمُشَارِ إليهِ وَلنَا أَنَّهُ شَرطٌ غَيرُ مُفِيدٍ؛ لأَنَّ مَقصُودَهُ حُصُولُ الصَّيدِ إذ لا يَقدِرُ عَلَى الوَفَاءِ بِهِ؛ إذ لا يُمكِنُهُ تَعلِيمُهُ عَلَى وَجهٍ يَأخُذُ مَا عَيَّنَهُ فَسَقَطَ اعتِبَارُهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ **(وَإِذَا أَرْسَل كَلبَهُ المُعَلَّمَ عَلَى صَيْد) يَعْنِي صَيْدًا مُعَيَّنًا (فَأَخَذَهُ غَيْرُهُ** حَلَّ) يَعْنِي مَا دَامَ فِي وَجْهِ إرْسَالِه. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّهُ) أَيْ شَرْطَ التَّعْيِينِ (شَرْطٌ غَيْرُ مُفِيدٍ لأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولُ الصَّيْد) وَالجَمِيعُ بِالنِّسْبَةِ إلى هَذَا المَقْصُودِ سَوَاءٌ. فَإِنْ قِيل: قَدْ يَكُونُ مَقْصُودُهُ صَيْدًا مُعَيَّنًا. أُجِيبَ بِأَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ، إذْ لا يَقْدِرُ الصَّائِدُ أَوْ الكَلبُ عَلَى الوَفَاءِ بِذَلِكَ حَيْثُ لا يُمْكِنُ تَعْلِيمُهُ عَلَى وَجْهٍ يَأْخُذُ مَا عَيَّنَهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ.

(وَلو أرسلَهُ على صَيدٍ كَثِيرٍ وَسَمَّى مَرَّةً واحِدَةً حَالَةَ الإِرسَال، فَلو قتَل الكُلَّ يَحِلُّ بِهَذِهِ التَّسمِيَةِ الوَاحِدَةِ)؛ لأنَّ الذَّبحَ يَقَعُ بِالإِرسَال على مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا تُشتَرَطُ التَّسمِيَةُ عِندَهُ وَالفِعلُ وَاحِدٌ فَيَكفِيهِ تَسمِيَةٌ وَاحِدَةٌ، بِخِلافِ ذَبحِ الشَّاتَينِ بِتَسمِيَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لأَنَّ الثَّانِيَةَ تَصِيرُ مَذبُوحَةً بِفِعلٍ غَيرِ الأَوَّل فَلا بُدَّ مِن تَسمِيَةٍ أُخرَى، حَتَّى لو أَضجَعَ إِحدَاهُمَا فَوقَ الأُخرَى، وَذَبَحَهُمَا بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ تَحِلانِ بِتَسمِيَةٍ وَاحِدَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الذَّبَائِحِ حَيْثُ قَالَ: تُشْتَرَطُ عِنْدَ الإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ الإِرْسَالِ.

(وَمَن أَرسَل فَهدًا فَكَمَن حَتَّى يَستَمكِنَ ثُمَّ أَخَذَ الصَّيدَ فَقَتَلَهُ يُؤكَلُ)؛ لأَنَّ مُكثَهُ ذَلكَ حِيلَةٌ مِنهُ لِلصَّيدِ لا استِرَاحَةٌ فَلا يَقطَعُ الإِرسَال (وَكَذَا الكَلبُ إِذَا اعتَادَ عَادَتَهُ)

(وَلو أَخَذَ الكَلبُ صَيدًا فَقَتَلَهُ ثُمَّ أَخَذَ آخَرَ فَقَتَلَهُ وَقَد أَرسَلَهُ صَاحِبُهُ أُكِلا جَمِيعًا)؛ لأَنَّ الإِرسَال قَائِمٌ لم يَنقَطِع، وَهُوَ بِمَنزِلَةِ مَا لو رَمَى سَهمًا إِلى صَيدٍ فَأَصَابَهُ وَأَصَابَ آخَرَ (وَلو قتَل الأَوَّل فَجَثَمَ عَلَيهِ طَوِيلا مِن النَّهَارِ ثُمَّ مَرَّ بِهِ صَيدٌ آخَرُ فَقَتَلَهُ لا يُؤكَلُ الثَّانِي) لانقِطَاعِ الإِرسَال بِمُكثِهِ إِذ لم يَكُن ذَلكَ حِيلَةً مِنهُ لِلأَخذِ وَإِنَّمَا كَانَ استِرَاحَةً، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ

(وَلو أَرسَل بَازِيَهُ المُعَلَّمَ عَلى صَيدٍ فَوَقَعَ عَلى شَيءٍ ثُمَّ اتَّبَعَ الصَّيدَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ فَإِنَّهُ يُؤكَلُ) وَهَذَا إِذَا لم يَمكُث زَمَانًا طَوِيلا لِلاستِرَاحَةِ، وَإِنَّمَا مَكَثَ سَاعَةً لِلتَّمكِينِ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِي الكَلبِ

(وَلو أَنَّ بَازِيًا مُعَلَّمًا أَخَذَ صَيدًا فَقَتَلَهُ وَلا يُدرَى أَرسَلَهُ إِنسَانٌ أَم لا لا يُؤكَلُ) لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي الإِرسَال، وَلا تَثبُتُ الإِبَاحَةُ بِدُونِهِ.

قَال (وَإِن خَنَقَهُ الكَلبُ وَلَم يَجرَحهُ لم يُؤكَل)؛ لأَنَّ الجُرحَ شَرطٌ عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ، وَهَذَا يَدُلُّكَ عَلى أَنَّهُ لا يَحِلُّ بِالكَسرِ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا كَسَرَ عُضوًا فَقَتَلَهُ لا بَأسَ بِأَكلِهِ؛ لأَنَّهُ جِرَاحَةٌ بَاطِنَةٌ فَهِيَ كَالجِرَاحَةِ الظَّاهِرَةِ وَجهُ الأَوَّل أَنَّ المُعتَبَرَ جُرحٌ يَنتَهِضُ سَبَبًا لإِنهَارِ الدَّمِ وَلا يَحصُلُ ذَلكَ بِالكَسرِ فَأَشبَهَ التَّخنِيقَ

قَال (وَإِن شَارَكَهُ كَلبٌ غَيرُ مُعَلَّمٍ أَو كَلبُ مَجُوسِيٍّ أَو كَلبٌ لم يُذكَر اسمُ اللَّهِ

عَليهِ يُرِيدُ بِهِ عَمدًا لم يُؤكَل) لِمَا رَوَينَا فِي حَدِيثِ عَدِيٍّ ﷺ، وَلأَنَّهُ اجتَمَعَ المُبِيحُ وَالمُحرِمُ فَيَغلبُ جِهَةُ الحُرمَةِ نَصًّا أَو احتِيَاطًا (وَلو رَدَّهُ عَليهِ الكَلبُ الثَّانِي وَلم يَجرَحهُ مَعَهُ وَمَاتَ بِجُرحِ الأَوَّل يُكرَهُ أَكلُهُ) لِوُجُودِ المُشَارَكَةِ فِي الأَخذِ وَفَقدِهَا فِي الجُرحِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا رَدَّهُ المَجُوسِيُّ بِنَفسِهِ حَيثُ لا يُكرَهُ؛ لأَنَّ فِعل المَجُوسِيِّ لِيسَ مِن جِنسِ فِعل الكَلبِ فَلا تَتَحَقَّقُ المُشَارَكَةُ وَتَتَحَقَّقُ بَينَ فِعلي الكَلبَينِ لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ (وَلو لم يَرُدَّهُ الكَلبُ الثَّانِي عَلى الأَوَّل لكِنَّهُ أَشَدَّ عَلى الأَوَّل حَتَّى اشتَدَّ عَلى الصَّيدِ فَأَخَذَهُ وَقَتَلهُ لا بَأسَ بِأَكلِهِ)؛ لأَنَّ فِعل الثَّانِي أَثَرٌ فِي الكَلبِ المُرسَل دُونَ الصَّيدِ حَيثُ ازدَادَ بِهِ طَلبًا فَكَانَ تَبَعًا لِفِعلِهِ؛ لأَنَّهُ بِنَاءٌ عَليهِ فَلا يُضَافُ الأَخذُ إلى التَّبَعِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ رَدَّهُ عَليهِ؛ لأَنَّهُ لم يَصِر تَبَعًا فَيُضَافُ إليهِمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَيَغْلبُ جَانِبُ الحُرْمَةِ نَصًّا) أَيْ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «مَا اجْتَمَعَ الحَلالُ وَالحَرَامُ إلا وَقَدْ غَلبَ الحَرَامُ الحَلالَ».

وَهَاهُنَا ثَلاثَةُ فُصُولٍ: أَحَدُهَا مَا اشْتَرَكَ فِيهِ الكَلبَانِ فِي الأَخْذِ وَالجَرْحِ، وَفِيهِ الحُرْمَةُ لِمَا رَوَيْنَاهُ. وَالثَّانِي مَا اشْتَرَكَا فِيهِ فِي الأَخْذِ دُونَ الجَرْحِ، وَفِيهِ الكَرَاهَةُ لأَنَّ جِهَةَ الحِلِّ أَرْجَحُ، لأَنَّ المُعَلَّمَ تَفَرَّدَ بِالجَرْحِ. وَالثَّالِثُ مَا لمْ يَشْتَرِكَا فِي شَيْءٍ لكِنَّ الثَّانِي أَشَدُّ: أَيْ حُمِل عَلى الأَوَّل حَتَّى اشْتَدَّ عَلى الصَّيْدِ، وَفِيهِ الإِبَاحَةُ لأَنَّ الثَّانِيَ لمْ يُشَارِكْ الأَوَّل فِي شَيْءٍ مِنْ الصَّيْدِ، وَإِنَّمَا أَثَّرَ فِي الكَلبِ المُرْسَل دُونَ الصَّيْدِ فَكَانَ فِعْلُهُ تَبَعًا لِفِعْلِ الأَوَّل لأَنَّهُ بِنَاءٌ عَليْهِ فَلا يُضَافُ الأَخْذُ إلى التَّبَعِ.

قَال (وَإِذَا أَرسَل المُسلمُ كَلبَهُ فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانزَجَرَ بِزَجرِهِ فَلا بَأسَ بِصَيدِهِ) وَالمُرَادُ بِالزَّجرِ الإِغرَاءُ بِالصِّيَاحِ عَليهِ، وَبِالانزِجَارِ إِظهَارُ زِيَادَةِ الطَّلبِ وَوَجهُهُ أَنَّ الفِعل يُرفَعُ بِمَا هُوَ فَوقَهُ أَو مِثلُهُ كَمَا فِي نَسخِ الآيِ، وَالزَّجرُ دُونَ الإِرسَال لِكَونِهِ بِنَاءً عَليهِ قَال (وَلو أَرسَلهُ مَجُوسِيٌّ فَزَجَرَهُ مُسلمٌ فَانزَجَرَ بِزَجرِهِ لم يُؤكَل)؛ لأَنَّ الزَّجرَ دُونَ الإِرسَال وَلِهَذَا لم تَثبُت بِهِ شُبهَةُ الحُرمَةِ فَأَولى أَن لا يَثبُتَ بِهِ الحِلُّ، وَكُلُّ مَن لا تَجُوزُ ذَكَاتُهُ كَالمُرتَدِّ وَالمُحرِمِ وَتَارِكِ التَّسمِيَةِ عَامِدًا فِي هَذَا بِمَنزِلةِ المَجُوسِيِّ (وَإِن لم يُرسِلهُ أَحَدٌ فَزَجَرَهُ مُسلمٌ فَانزَجَرَ فَأَخَذَ الصَّيدَ فَلا بَأسَ بِأَكلِهِ)؛ لأَنَّ الزَّجرَ مِثلُ الانفِلاتِ؛ لأَنَّهُ إِن

كَانَ دُونَهُ مِن حَيثُ إنَّهُ بِنَاءٌ عليه فَهُوَ فَوقَهُ مِن حَيثُ إنَّهُ فِعلُ المُكَلَّفِ فَاستَوَيَا فَصَلحَ نَاسِخًا (وَلو أَرسَلَ المُسلمُ كَلبَهُ عَلى صَيدٍ وَسَمَّى فَأَدرَكَهُ فَضَرَبَهُ وَوَقَذَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ أُكِل، وَكَذَا إذَا أَرسَلَ كَلبَينِ فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ أُكِل)؛ لأَنَّ الامتِنَاعَ عَنِ الجُرحِ بَعدَ الجُرحِ لا يَدخُلُ تَحتَ التَّعليمِ فَجُعِلَ عَفوًا (وَلو أَرسَلَ رَجُلانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَلبًا فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا وَقَتَلَهُ الآخَرُ أُكِل) لِمَا بَيَّنَّا (وَالمِلكُ لِلأَوَّل)؛ لأَنَّ الأَوَّلَ أَخرَجَهُ عَن حَدِّ الصَّيدِيَّةِ إلا أَنَّ الإِرسَالَ مِنَ الثَّانِي بَعدَ الخُرُوجِ عَنِ الصَّيدِيَّةِ بِجُرحِ الكَلبِ الأَوَّل.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَرْسَلَ المُسْلِمُ إلخ) الأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الفِعْلَ يُرْفَعُ بِالأَقْوَى وَالمُسَاوِي دُونَ الأَدْنَى، فَإِذَا أَرْسَلَ **المُسْلِمُ كَلبَهُ وَزَجَرَهُ: أَيْ أَغْرَاهُ المَجُوسِيُّ** حَلَّ أَكْلُهُ لِعَدَمِ اعْتِبَارِ الزَّجْرِ عِنْدَ الإِرْسَالِ لِكَوْنِ الزَّجْرِ دُونَهُ لِبِنَائِه عَلَيْه.

وَنُوقِضَ **بِالمُحْرِمِ إِذَا زَجَرَ كَلبَ حَلالٍ** فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْه الجَزَاءُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الجَزَاءَ فِي المُحَرَّمِ بِدَلالَةِ النَّصِّ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ عَلَيْه الجَزَاءَ بِمَا هُوَ دُونَهُ وَهُوَ الدَّلالَةُ فَوَجَبَ بِالزَّجْرِ بِطَرِيقِ الأَوْلَى (وَإِذَا أَرْسَلَهُ **مَجُوسِيٌّ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ** لَمْ يُؤْكَل كَذَلِكَ وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ الزَّجْرَ دُونَ الإِرْسَالِ (لَمْ يَثْبُتْ بِه) أَيْ بِالزَّجْرِ (شُبْهَةُ الحُرْمَة) يَعْنِي فِي الصُّورَةِ الأُولى مَعَ أَنَّ الحُرْمَةَ أَسْرَعُ ثُبُوتًا لِغَلَبَةِ الحُرْمَةِ عَلى الحِلِّ دَائِمًا فَأَوْلى أَنْ لا يَثْبُتَ بِهِ الحِلُّ: يَعْنِي بِزَجْرِ المُسْلِمِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الزَّجْرَ مِثْلُ الانْفِلات) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ غَيْرُ مَشْرُوطٍ فِي حِلِّ الصَّيْدِ بِخِلافِ الإِرْسَالِ، وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَهُ) يَعْنِي أَنَّ الانْزِجَارَ إِنْ كَانَ دُونَ الانْفِلاتِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ بِنَاءً عَلَيْه فَهُوَ فَوْقَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ فِعْلَ المُكَلَّفِ فَاسْتَوَيَا فَصَلحَ الزَّجْرُ نَاسِخًا وَهُوَ مُتَأَخِّرٌ فَيُجْعَلُ نَاسِخًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَذَهُ) أَيْ جَرَحَهُ جِرَاحَةً أَثْخَنَتْهُ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الامْتِنَاعَ عَنْ الجَرْحِ بَعْدَ الجَرْحِ) دَلِيلُ المَسْأَلة، وَهُوَ يُشِيرُ إِلى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ الضَّرْبَةُ الثَّانِيَةُ الَّتِي قَتَل الكَلبُ بِهَا الصَّيْدَ إِنَّمَا حَصَلتْ بَعْدَ الإِثْخَانِ الَّذِي أَخْرَجَهُ مِنْ الصَّيْدِيَّة، فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَحِلَّ أَكْلُهُ لأَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ الإِثْخَانِ مُلحَقٌ بِالدَّوَاجِنِ فَيَحِلُّ الذَّبْحُ لا بِضَرْبِ الكَلبِ.

وَجَوَابُهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ رَفْعُهُ، وَمَا تَعَذَّرَ رَفْعُهُ تَقَرَّرَ عَفْوُهُ. وَقَوْلُهُ (بِجَرْحِ الكَلبِ الأَوَّل)

يَعْنِي أَنَّهُ لا يُؤْكَلُ لأَنَّ الصَّيْدَ بَعْدَ أَنْ خَرَجَ عَنْ الصَّيْدِيَّةِ كَانَتْ ذَكَاتُهُ بَعْدَ الذَّبْحِ فِي المَذْبَحِ. لا بِجَرْحِ الكَلْبِ فَجَرْحُ الكَلْبِ فِي مِثْلِهِ يُوجِبُ الحُرْمَةَ، وَلَمَّا اجْتَمَعَ فِيهِ المُوجِبُ لِلحِلِّ وَالحُرْمَةِ غَلَبَ الحُرْمَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ فِي الرَّمي

(وَمَن سَمِعَ حِسًّا ظَنَّهُ حِسَّ صَيدٍ فَرَمَاهُ أَو أَرسَلَ كَلبًا أَو بَازِيًا عَلَيهِ فَأَصَابَ صَيدًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ صَيدٍ حَلَّ المُصَابُ) أَيَّ صَيدٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الاصطِيَادَ وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ خَصَّ مِن ذَلِكَ الخِنزِيرَ لِتَغلِيظِ التَّحرِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا تَثبُتُ الإِبَاحَةُ فِي شَيءٍ مِنهُ بِخِلَافِ السِّبَاعِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي جِلدِهَا وَزُفَرُ خَصَّ مِنهَا مَا لا يُؤكَلُ لَحمُهُ؛ لِأَنَّ الإِرسَالَ فِيهِ لَيسَ لِلإِبَاحَةِ وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسمَ الاصطِيَادِ لا يَختَصُّ بِالمَأكُولِ فَوَقَعَ الفِعلُ اصطِيَادًا وَهُوَ فِعلٌ مُبَاحٌ فِي نَفسِهِ، وَإِبَاحَةُ التَّنَاوُلِ تَرجِعُ إِلَى المَحَلِّ فَتَثبُتُ بِقَدرِ مَا يَقبَلُهُ لَحمًا وَجِلدًا، وَقَد لا تَثبُتُ إِذَا لَم يَقبَلهُ، وَإِذَا وَقَعَ اصطِيَادًا صَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيدٍ فَأَصَابَ غَيرَهُ (وَإِن تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ أَو حَيَوَانٍ أَهلِيٍّ لا يَحِلُّ المُصَابُ)؛ لِأَنَّ الفِعلَ لَيسَ بِاصطِيَادٍ (وَالطَّيرُ الدَّاجِنُ الَّذِي يَأوِي البُيُوتَ أَهلِيٌّ وَالظَّبيُ المُوَثَّقُ بِمَنزِلَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَو رَمَى إِلَى طَائِرٍ فَأَصَابَ صَيدًا وَمَرَّ الطَّائِرُ وَلَا يَدرِي وَحشِيٌّ هُوَ أَو غَيرُ وَحشِيٍّ حَلَّ الصَّيدُ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِيهِ التَّوَحُّشُ (وَلَو رَمَى إِلَى بَعِيرٍ فَأَصَابَ صَيدًا وَلَا يَدرِي نَادٌّ هُوَ أَمْ لا لا يَحِلُّ الصَّيدُ)؛ لِأَنَّ الأَصلَ فِيهِ الاستِئنَاسُ (وَلَو رَمَى إِلَى سَمَكَةٍ أَو جَرَادَةٍ فَأَصَابَ صَيدًا يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ)؛ لِأَنَّهُ صَيدٌ، وَفِي أُخرَى عَنهُ لا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لا ذَكَاةَ فِيهِمَا (وَلَو رَمَى فَأَصَابَ المَسمُوعَ حِسُّهُ وَقَد ظَنَّهُ آدَمِيًّا فَإِذَا هُوَ صَيدٌ يَحِلُّ)؛ لِأَنَّهُ لا مُعتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ (فَإِذَا سَمَّى الرَّجُلُ عِندَ الرَّميِ أُكِلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَ السَّهمُ فَمَاتَ)؛ لِأَنَّهُ ذَابِحٌ بِالرَّميِ لِكَونِ السَّهمِ آلَةً لَهُ فَتُشتَرَطُ التَّسمِيَةُ عِندَهُ، وَجَمِيعُ البَدَنِ مَحَلٌّ لِهَذَا النَّوعِ مِنَ الذَّكَاةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الجُرحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعنَى الذَّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ قَالَ (وَإِذَا أَدرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ) وَقَد بَيَّنَّاهَا بِوُجُوهِهَا، وَالاختِلَافِ فِيهَا فِي الفَصلِ الأَوَّلِ فَلَا نُعِيدُهُ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي الرَّمي): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ حُكْمِ الآلَةِ الحَيَوَانِيَّةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حُكْمِ الآلَةِ الجَمَادِيَّةِ.

وَالحسُّ: الصَّوْتُ الخَفِيُّ (**وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا فَظَنَّهُ حِسَّ صَيْدٍ فَرَمَاهُ أَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ أَوْ بَازِيَهُ فَأَصَابَ صَيْدًا**) ظَبْيًا مَثَلا، فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ المَسْمُوعَ حِسُّهُ آدَمِيٌّ أَوْ بَقَرٌ أَوْ شَاةٌ لَمْ يَحِلَّ الظَّبْيُ المُصَابُ مَثَلا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا لأَنَّهُ أَرْسَلَ إِلى غَيْرِ صَيْدٍ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حُكْمُ الإِبَاحَةِ وَصَارَ كَأَنَّهُ **رَمَى إِلى آدَمِيٍّ عَالِمًا بِهِ فَأَصَابَ صَيْدًا** فَإِنَّهُ لا يُؤْكَلُ (وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ المَسْمُوعَ حِسُّهُ صَيْدٌ حَلَّ المُصَابُ أَيَّ صَيْدٍ كَانَ) المَسْمُوعُ حِسُّهُ: يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ مَأْكُولَ اللَّحْمِ أَوْ لَمْ يَكُنْ (لأَنَّهُ قَصَدَ الاصْطِيَادَ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَسْمُوعَ حِسُّهُ إِذَا ظَهَرَ خِنْزِيرًا لَمْ يَحِلَّ أَكْلُ الصَّيْدِ المُصَابِ لِتَغْلِيظِ التَّحْرِيمِ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا تَثْبُتُ الإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلافِ سَائِرِ السِّبَاعِ) لأَنَّهُ أَيْ الاصْطِيَادُ (يُؤَثِّرُ فِي جِلْدِهَا، وَزُفَرُ خَصَّ مِنْهَا) أَيْ مِنْ جُمْلَةِ المَسْمُوعِ حِسُّهُ (مَا لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، لأَنَّ الإِرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلإِبَاحَةِ) فَكَانَ هُوَ وَالآدَمِيُّ سَوَاءً (وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اسْمَ الاصْطِيَادِ لا يَخْتَصُّ بِالمَأْكُولِ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَالمَأْكُولُ وَغَيْرُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ سَوَاءٌ فَإِذَا قَصَدَ بِفِعْلِهِ الاصْطِيَادَ وَقَعَ الفِعْلُ اصْطِيَادًا، إِذْ الاصْطِيَادُ فِعْلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ يُفِيدُ إِبَاحَةَ المُصَابِ بِشَرْطِ قَبُولِهِ الإِبَاحَةَ حَتَّى لَوْ لَمْ يَقْبَلْهَا كَمَا إِذَا كَانَ خِنْزِيرًا لَمْ تَثْبُتْ الإِبَاحَةُ وَلَكِنْ لا يَخْرُجُ الفِعْلُ عَنْ كَوْنِهِ اصْطِيَادًا مُبَاحًا.

وَإِذَا قَتَلَهَا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ تَثْبُتُ إِبَاحَةُ تَنَاوُلِهِ لِغَيْرِ السِّبَاعِ مِنْ البَهَائِمِ وَالطُّيُورِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ تَثْبُتُ إِبَاحَةُ جِلْدِهِ فَثَبَتَ أَنَّ فِعْلَهُ وَقَعَ اصْطِيَادًا، وَإِبَاحَةُ التَّنَاوُلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالمَحَلِّ لَيْسَ بِمُخْرِجٍ لَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَإِذَا وَقَعَ اصْطِيَادًا كَانَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلى صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ) قَدَّمْنَاهُ آنِفًا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الفِعْلَ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ) إِذْ الاصْطِيَادُ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْصِيلِ مُتَوَحِّشٍ، وَعَلَى هَذَا فَالدَّاجِنُ الَّذِي يَأْوِي البُيُوتَ أَهْلِيٌّ، وَالظَّبْيُ المُوثَقُ: أَيْ المَشْدُودُ بِالوَثَاقِ بِمَنْزِلَتِهِ: أَيْ بِمَنْزِلَةِ الآدَمِيِّ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الفِعْلَ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ، ثُمَّ إِذَا جَهِلَ تَوَحُّشَ المَقْصُودِ بِرَمْيِهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَصْلُ، وَعَلَى هَذَا تَخْرُجُ المَسْأَلَتَانِ المَذْكُورَتَانِ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي أُخْرَى عَنْهُ لا يَحِلُّ لأَنَّهُ لا ذَكَاةَ فِيهِمَا) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ كَوْنَ مَا تَبَيَّنَ حِسُّهُ مِنْ الصَّيُودِ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ حَلَّ أَكْلُهُ مَشْرُوطًا بِالذَّبْحِ، حَتَّى لَوْ **سَمِعَ حِسًّا**

فَظَنَّهُ صَيْدًا فَرَمَاهُ فَأَصَابَ ظَبْيًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ المَسْمُوعَ حِسُّهُ سَمَكَةٌ لَمْ يُؤْكَل الصَّيْدُ، وَلَوْ سَمِعَ حِسًّا وَظَنَّهُ آدَمِيًّا وَرَمَاهُ فَأَصَابَ المَسْمُوعَ حِسُّهُ وَهُوَ صَيْدٌ حَلَّ لأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِ كَوْنِهِ صَيْدًا. فَإِنْ قِيلَ: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الَّتِي تَقَدَّمَتْ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ سَمِعَ حِسًّا ظَنَّهُ صَيْدًا فَرَمَاهُ فَأَصَابَ صَيْدًا ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ أَهْلِيٍّ لا يَحِلُّ المُصَابُ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ رَمْيَ الآدَمِيِّ وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قَصَدَ رَمْيَ الآدَمِيِّ وَرَمْيُ الآدَمِيِّ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ وَقَدْ حَلَّ المُصَابُ.

وَالقِيَاسُ إِمَّا شُمُولُ الحِلِّ أَوْ شُمُولُ عَدَمِهِ أَوْ انْعِكَاسُ الجَوَابِ فِي المَسْأَلَتَيْنِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا حَلَّ المُصَابُ مَعَ اقْتِرَانِ ظَنِّهِ بِأَنَّهُ آدَمِيٌّ فَفِيمَا إِذَا اقْتَرَنَ ظَنُّهُ بِأَنَّهُ صَيْدٌ أَوْلَى، أَوْ لأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ فِعْلُهُ اصْطِيَادًا نَظَرًا إِلَى قَصْدِهِ فَلا يَحِلُّ المُصَابُ هَاهُنَا، وَحَلَّ هُنَاكَ لِذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الفَرْقَ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ: أَيْ تَعَيُّنِ كَوْنِهِ صَيْدًا.

وَبَيَانُهُ أَنَّ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى أَصَابَ سَهْمُهُ غَيْرَ المَسْمُوعِ حِسُّهُ وَالمَسْمُوعُ حِسُّهُ لَيْسَ بِصَيْدٍ فَكَانَ فِعْلُهُ مُتَوَجِّهًا إِلَى غَيْرِ الصَّيْدِ نَظَرًا إِلَى فِعْلِهِ الَّذِي تَوَجَّهَ لِلْمَسْمُوعِ حِسُّهُ وَهُوَ لَيْسَ بِصَيْدٍ فَلَمْ يَكُنْ فِعْلُهُ اصْطِيَادًا، وَحِلُّ الصَّيْدِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِوُجُودِ فِعْلِ الاصْطِيَادِ فَلَمْ يَحِلَّ أَكْلُهُ لانْعِدَامِ فِعْلِ الاصْطِيَادِ.

وَأَمَّا هَاهُنَا فَسَهْمُهُ أَصَابَ عَيْنَ المَسْمُوعِ حِسُّهُ وَعَيْنُهُ صَيْدٌ فَكَانَ الفِعْلُ وَاقِعًا عَلَى الصَّيْدِ وَهُوَ الاصْطِيَادُ بِحَقِيقَتِهِ، فَلَمَّا وَجَدَ الاصْطِيَادَ بِحَقِيقَتِهِ لَمْ يُعْتَبَرْ ظَنُّهُ ذَلِكَ المُخَالِفَ لِفِعْلِهِ الَّذِي هُوَ اصْطِيَادٌ بِحَقِيقَتِهِ، وَالظَّنُّ إِذَا وَقَعَ مُخَالِفًا لِحَقِيقَةِ فِعْلِهِ كَانَ الظَّنُّ لَغْوًا فَيَحِلُّ أَكْلُ المُصَابِ لِوُجُودِ فِعْلِ الاصْطِيَادِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي فَصْلِ الجَوَارِحِ بِقَوْلِهِ وَلا بُدَّ مِنْ الجَرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إلخ.

قَالَ (وَإِذَا وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ فَتَحَامَلَ حَتَّى غَابَ عَنْهُ وَلَم يَزَل فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتًا أُكِلَ، وَإِن قَعَدَ عَن طَلَبِهِ) ثُمَّ أَصَابَهُ مَيِّتًا لم يُؤكَل، لمَا رُوِيَ عَن النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ كَرِهَ أَكلَ الصَّيدِ إِذَا غَابَ عَن الرَّامِي وَقَالَ: لَعَلَّ هَوَامَّ الأَرضِ قَتَلَتهُ»[1] وَلأَنَّ احتِمَالَ المَوتِ بِسَبَبٍ آخَرَ قَائِمٌ فَمَا يَنبَغِي أَن يَحِلَّ أَكلُهُ؛ لأَنَّ المَوهُومَ فِي

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤/٤٦١) من حديث عائشة رضي الله عنها. وانظر نصب الراية (٥/٣٣).

هَذَا كَالْمُتَحَقِّقِ لِمَا رَوَيْنَا، إلا أَنَّا أَسقَطْنَا اعتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةَ أَن لا يَعرَى الاصطِيَادُ عَنهُ، وَلا ضَرُورَةَ فِيمَا إذَا قَعَدَ عَن طَلَبِهِ لإِمكَانِ التَّحَرُّزِ عَن تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ عَمَلِهِ، وَالَّذِي رَوَينَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي قَولِهِ إنَّ مَا تَوَارَى عَنهُ إذَا لم يَبِت يَحِلُّ فَإِذَا بَاتَ لَيلَةً لم يَحِلَّ (وَلَو وُجِدَ بِهِ جِرَاحَةٌ سِوَى جِرَاحَةِ سَهمِهِ لا يَحِلُّ)؛ لأَنَّهُ مَوهُومٌ يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ فَاعتُبِرَ مُحَرِّمًا، بِخِلافِ وَهمِ الهَوَامِّ وَالجَوَابُ فِي إرسَالِ الكَلبِ فِي هَذَا كَالجَوَابِ فِي الرَّمْيِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَتحَامَل) التَّحَامُلُ فِي المَشْيِ أَنْ يَتَكَلَّفَهُ عَلَى مَشَقَّةٍ وَإِعْيَاءٍ يُقَالُ تَحَامَلت فِي المَشْيِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتًا أُكل) قِيل إذَا وَجَدَهُ وَفِيهِ جِرَاحَةُ سَهْمِه لا غَيْرُ، وَأَمَّا إذَا **وَجَدَهُ وَفِيه جِرَاحَةٌ أُخْرَى** فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ تَرَكَ الطَّلَبَ أَوْ لَمْ يَتْرُكْ كَمَا سَيَجِيءُ، لأَنَّهُ ظَهَرَ لِمَوْتِه شَيْئَان: أَحَدُهُمَا يُوجِبُ الحِلَّ، وَالآخَرُ يُوجِبُ الحُرْمَةَ فَيَغْلِبُ المُوجِبُ للحُرْمَة، وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُؤْكَلُ لأَنَّهُ ظَهَرَ لِمَوْتِه سَبَبٌ وَهُوَ مَا كَانَ مَعَهُ مِنْ الرَّمْيِ، وَالحُكْمُ مَتَى ظَهَرَ عَقِيبَ سَبَبٍ يُحَالُ عَلَيْه، كَمَا لوْ جَرَحَ إنْسَانًا فَلمْ يَزَل صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ يُجْعَلُ قَاتِلا.

قُلنَا: لَمَّا وُجِدَ فِيه جَرْحُ غَيْرِه كَانَ القَتْلُ مِنْهُ مَوْهُومًا: وَالمَوْهُومُ فِي هَذَا كَالمُتَحَقِّقِ لِقَوْلِه ﷺ «**لَعَلَّ هَوَامَّ الأَرْضِ قَتَلَتْهُ**» قَالهُ حِينَ «أَهْدَى رَجُلٌ إلَيْه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ صَيْدًا فَقَال: **مَنْ أَيْنَ لك هَذَا**؟ قَال: كُنْت رَمَيْته بِالأَمْسِ وَكُنْت فِي طَلبِهِ حَتَّى حَال بَيْنِي وَبَيْنَهُ ظُلمَةُ اللَّيْل ثُمَّ وَجَدْتُهُ اليَوْمَ مَيِّتًا وَفِيهِ مِزْرَاقِي، وَهُوَ الرُّمْحُ الصَّغِيرُ، فَقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **لا أَدْرِي لعَلَّ هَوَامَّ الأَرْضِ قَتَلَتْهُ**» الحَدِيثَ، وَهُوَ كَمَا يَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ ذَلكَ يَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ مَا إذَا قَعَدَ عَنْ طَلبه ثُمَّ وَجَدَهُ مَيِّتًا.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ احْتِمَال المَوْت) دَليلٌ مَعْقُولٌ عَلى ذَلكَ. فَإِنْ قِيل: هَذَا الاحْتِمَالُ بَاقٍ إذَا كَانَ فِي طَلبِهِ أَيْضًا. أَجَابَ بِقَوْلِه إلا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلبِه ضَرُورَةَ أَنَّ الاصْطِيَادَ لا يَعْرَى عَنْ ذَلكَ، وَلا ضَرُورَةَ فِيمَا إذَا قَعَدَ عَنْ طَلبِه لإِمْكَانِ الاحْتِرَازِ عَنْ تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ عَمَلِه.

وَقَوْلُهُ (وَالَّذِي رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلى مَالكٍ فِي قَوْلِه إنَّ مَا تَوَارَى عَنْهُ مَا إذَا لمْ يَبِتْ

يَحِلُّ) يَعْنِي وَإِنْ رَأَى فِيهِ أَثَرَ سَبُعٍ، وَاحْتَجَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ العِلْمِ كَذَلِكَ وَكَأَنَّهُ بَنَى الأَمْرَ عَلَى الغَالِبِ، لأَنَّهُ إِذَا بَاتَ عَنْهُ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ غَالِبًا. وَوَجْهُ كَوْنِ مَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةً عَلَيْهِ أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنْ الرَّامِي. فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ مَا رُوِيَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مِنْ كَرَاهَتِهِ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنْ الرَّامِي حُجَّةً عَلَيْهِ، فَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لَعَلَّ هَوَامَّ الأَرْضِ قَتَلَتْهُ**» حُجَّةٌ لَهُ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قِصَّتِهِ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَهُ لِمَنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّيْدِ ظُلْمَةُ اللَّيْلِ. فَالجَوَابُ أَنَّ الأَصْلَ أَنَّ خُصُوصَ السَّبَبِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَاعْتِبَارُ قَتْلِ الهَوَامِّ عِنْدَ الغَيْبَةِ مَوْجُودٌ فَيَكُونُ حَرَامًا. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ وَجَدَ بِهِ جِرَاحَةً) قَدَّمْنَاهُ وَالخِلافُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَوْهُومٌ يُمْكِنُ الاحْتِرَازُ عَنْهُ) لأَنَّ الصَّيْدَ قَدْ يَخْلُو عَنْ رَمْيِ الغَيْرِ مُحَرَّمًا، بِخِلافِ وَهْمِ الهَوَامِّ فَإِنَّ الاحْتِرَازَ عَنْهُ غَيْرُ مُمْكِنٍ لأَنَّ الصَّيْدَ لا بُدَّ أَنْ يَقَعَ عَلَى الأَرْضِ وَالأَرْضُ لا تَخْلُو عَنْهَا فَلا يُجْعَلُ مُحَرَّمًا إِذَا لَمْ يَقْعُدْ عَنْ الطَّلَبِ.

قَالَ (وَإِذَا رَمَى صَيدًا فَوَقَعَ فِي المَاءِ أَو وَقَعَ عَلَى سَطحٍ أَو جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنهُ إِلَى الأَرضِ لَم يُؤكَل)؛ لأَنَّهُ المُتَرَدِّيَةُ وَهِيَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ، وَلأَنَّهُ احتَمَلَ المَوتَ بِغَيرِ الرَّميِ؛ إِذ المَاءُ مُهلِكٌ وَكَذَا السُّقُوطُ مِن عَالٍ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِعَدِيٍّ ﷺ «وَإِن وَقَعَت رَمِيَّتُك فِي المَاءِ فَلا تَأكُل، فَإِنَّك لا تَدرِي أَنَّ المَاءَ قَتَلَهُ أَو سَهمُك»[(١)] (وَإِن وَقَعَ عَلَى الأَرضِ ابتِدَاءً أُكِل)؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ، وَفِي اعتِبَارِهِ سَدُّ بَابِ الاصطِيَادِ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لأَنَّهُ يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ، فَصَارَ الأَصلُ أَنَّ سَبَبَ الحُرمَةِ وَالحِلِّ إِذَا اجتَمَعَا وَأَمكَنَ التَّحَرُّزُ عَمَّا هُوَ سَبَبُ الحُرمَةِ تُرَجَّحُ جِهَةُ الحُرمَةِ احتِيَاطًا، وَإِن كَانَ مِمَّا لا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ جَرَى وُجُودُهُ مَجرَى عَدَمِهِ؛ لأَنَّ التَّكلِيفَ بِحَسَبِ الوُسعِ، فَمِمَّا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى شَجَرٍ أَو حَائِطٍ أَو آجُرَّةٍ ثُمَّ وَقَعَ عَلَى الأَرضِ أَو رَمَاهُ، وَهُوَ عَلَى جَبَلٍ فَتَرَدَّى مِن مَوضِعٍ إِلَى مَوضِعٍ حَتَّى تَرَدَّى إِلَى الأَرضِ، أَو رَمَاهُ فَوَقَعَ عَلَى رُمحٍ مَنصُوبٍ أَو عَلَى قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ أَو عَلَى حَرفِ آجُرَّةٍ لاحتِمَالِ أَنَّ حَدَّ هَذِهِ الأَشيَاءِ قَتَلَهُ، وَمِمَّا لا يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى الأَرضِ كَمَا ذَكَرنَاهُ، أَو عَلَى مَا هُوَ مَعنَاهُ كَجَبَلٍ أَو ظَهرِ بَيتٍ أَو لَبِنَةٍ مَوضُوعَةٍ أَو صَخرَةٍ فَاستَقَرَّ عَلَيهَا؛ لأَنَّ وُقُوعَهُ عَلَيهِ وَعَلَى

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح باب ٨، ومسلم في الصيد (حديث ٧).

الأرضِ سَواءٌ وَذُكِرَ فِي المُنتَقَى: لو وَقَعَ عَلَى صَخرَةٍ فَانشَقَّ بَطنُهُ لم يُؤكَل لاحتِمَالِ المَوتِ بِسَبَبٍ آخَرَ وَصَحَّحَهُ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ وَحُمِلَ مُطلَقُ المَروِيِّ فِي الأَصلِ عَلَى غَيرِ حَالَةِ الانشِقَاقِ، وَحَمَلَهُ شَمسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا أَصَابَهُ حَدُّ الصَّخرَةِ فَانشَقَّ بَطنُهُ بِذَلِكَ، وَحَمَلَ المَروِيَّ فِي الأَصلِ عَلَى أَنَّهُ لم يُصِبهُ مِن الآجُرَّةِ إلا مَا يُصِيبُهُ مِن الأَرضِ لو وَقَعَ عَلَيهَا وَذَلِكَ عَفوٌ وَهَذَا أَصَحُّ وَإِن كَانَ الطَّيرُ مَائِيًّا، فَإِن كَانَت الجِرَاحَةُ لا تَنغَمِسُ فِي المَاءِ أُكِلَ، وَإِن انغَمَسَت لا يُؤكَلُ كَمَا إذَا وَقَعَ فِي المَاءِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا **رَمَى صَيْدًا فَوَقَعَ فِي** المَاءِ إلخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ، وَهُوَ فِي المَعْنَى مُقَيَّدٌ بِأَنْ لا يَكُونَ الجَرْحُ مُهْلِكًا فِي الحَال عَلَى مَا سَيَأْتِي.

قَوْلُهُ (وَكَذَا السُّقُوطُ مِنْ عَالٍ) وَهُوَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ مِنْ عُلوٍ، وَهُوَ لُغَةٌ فِي الأَوَّل مَضْمُومًا وَمَفْتُوحًا وَمَكْسُورًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِل) يَعْنِي إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الأَرْضِ مَا يَقْتُلُهُ كَحَدِّ الرُّمْحِ وَالقَصَبَةِ المَنْصُوبَةِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ (وَقَوْلُهُ وَذَكَرَ فِي المُنْتَقَى) يُرِيدُ بَيَانَ مَا وَقَعَ مِنْ الاخْتِلاف بَيْنَ رِوَايَةِ الأَصْل وَهِيَ قَوْلُهُ أَوْ صَخْرَةً فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهَا وَبَيْنَ رِوَايَةِ المُنْتَقَى وَصَحَّحَ الحَاكِمُ رِوَايَةَ المُنْتَقَى وَحَمَل المُطْلَقَ المَرْوِيَّ فِي الأَصْل مِنْ قَوْله فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهَا عَلَى غَيْرِ حَالَة الانْشِقَاق وَحَمَل شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ رِوَايَةَ المُنْتَقَى عَلَى مَا أَصَابَهُ حَدُّ الصَّخْرَة فَانْشَقَّ بَطْنُهُ لذَلكَ وَحُمِل المَرْوِيُّ فِي الأَصْل عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهُ مِنْ الآجرَة إلا مَا يُصِيبُهُ مِنْ الأَرْضِ لوْ وَقَعَ عَلَيْه وَذَلكَ عَفْوٌ كَمَا إذَا وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ وَانْشَقَّ بَطْنُهُ.

وَفِي الجُمْلَةِ فَلَيْسَ فِي المَسْأَلة رِوَايَتَان، وَهَذَا: أَيْ مَا فَعَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّة أَصَحُّ لأَنَّ المَذْكُورَ فِي الأَصْل مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إطْلاقه، وَحَمْلُهُ عَلَى غَيْرِ حَالَة الانْشِقَاق يُحْوِجُ إلَى الفَرْقِ بَيْنَ الجَبَل وَالأَرْضِ فِي الانْشقَاق، فَإِنَّهُ لوْ انْشَقَّ بِوُقُوعه عَلَى الأَرْضِ أُكِل وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا إذَا وَقَعَ) أَيْ غَيْرُ المَائِيِّ (فِي المَاءِ).

قَال (وَمَا أَصَابَهُ المِعرَاضُ بِعَرضِهِ لم يُؤكَل، وَإِن جَرَحَهُ يُؤكَلُ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِيهِ «مَا أَصَابَ بِحَدِّهِ فَكُل، وَمَا أَصَابَ بِعَرضِهِ فَلا تَأكُل»[1] وَلأَنَّهُ لا بُدَّ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٣، ومسلم في الصيد (حديث ٣/ ٤).

مِن الجُرحِ ليَتَحقَّقَ مَعنَى الذَّكَاةِ عَلى مَا قَدَّمنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا أَصَابَ المِعْرَاضُ بعَرْضِه) المِعْرَاضُ سَهْمٌ لا رِيشَ لهُ يَمْضِي عَرْضًا فَيُصِيبُ بعَرْضِه لا بحَدِّه، وَالبُنْدُقَةُ طِينَةٌ مُدَوَّرَةٌ يُرْمَى بهَا.

قَال (وَلا يُؤكَلُ مَا أَصَابَتهُ البُندُقَةُ فَمَاتَ بِهَا)؛ لأنَّهَا تَدُقُّ وَتَكسِرُ وَلا تَجرَحُ فَصَارَ كَالمِعرَاضِ إذَا لم يَخرِقْ، وَكَذَلكَ إن رَمَاهُ بِحَجَرٍ، وَكَذَا إن جَرَحَهُ قَالُوا: تَأوِيلُهُ إذَا كَانَ ثَقِيلا وَبِهِ حِدَةٌ لاحتِمَال أنَّهُ قَتَلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإن كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا وَبِهِ حِدَةٌ يَحِلُّ لتَعَيُّنِ المَوتِ بِالجُرحِ، وَلو كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا، وَجَعَلَهُ طَوِيلا كَالسَّهمِ وَبِهِ حِدَةٌ فَإنَّهُ يَحِلُّ؛ لأنَّهُ يَقتُلُهُ بِجُرحِهِ، وَلو رَمَاهُ بِمَروَةٍ حَدِيدَةٍ وَلَم تُبضِع بِضعًا لا يَحِلُّ؛ لأنَّهُ قَتَلهُ دَقًّا، وَكَذَا إذَا رَمَاهُ بِهَا فَأَبَانَ رَأسَهُ أَو قَطَعَ أَودَاجَهُ؛ لأنَّ العُرُوقَ تَنقَطِعُ بِثِقَل الحَجَرِ كَمَا تَنقَطِعُ بِالقَطعِ فَوقَ الشَّكِّ أَو لعَلَّهُ مَاتَ قَبل قَطعِ الأودَاجِ، وَلو رَمَاهُ بِعَصًا أَو بِعُودٍ حَتَّى قَتَلَهُ لا يَحِلُّ؛ لأنَّهُ يَقتُلُهُ ثِقَلا لا جُرحًا، اللَّهُمَّ إلا إذَا كَانَ لهُ حِدَةٌ يُبضِعُ بِضعًا فَحِينَئِذٍ لا بَأسَ بِهِ؛ لأنَّهُ بِمَنزِلَةِ السَّيفِ وَالرُّمحِ وَالأَصلُ فِي هَذِهِ المَسَائِل أَنَّ المَوتَ إذَا كَانَ مُضَافًا إلى الجُرحِ بِيَقِينٍ كَانَ الصَّيدُ حَلالا، وَإذَا كَانَ مُضَافًا إلى الثِّقَل بِيَقِينٍ كَانَ حَرَامًا، وَإن وَقَعَ الشَّكُّ وَلا يَدرِي مَاتَ بِالجُرحِ أَو بِالثِّقَل كَانَ حَرَامًا احتِيَاطًا، وَإن رَمَاهُ بِسَيفٍ أَو بِسِكِّينٍ فَأَصَابَهُ بِحَدِّهِ فَجَرَحَهُ حَلَّ، وَإن أَصَابَهُ بِقَفَا السِّكِّينِ أَو بِمِقبَضِ السَّيفِ لا يَحِلُّ؛ لأنَّهُ قَتَلهُ دَقًّا، وَالحَدِيدُ وَغَيرُهُ فِيهِ سَوَاءٌ وَلو رَمَاهُ فَجَرَحَهُ وَمَاتَ بِالجُرحِ، إن كَانَ الجُرحُ مُدمِيًا يَحِلُّ بِالاتِّفَاقِ، وَإن لم يَكُن مُدمِيًا فَكَذَلكَ عِندَ بَعضِ المُتَأَخِّرِينَ سَوَاءٌ كَانَت الجِرَاحَةُ صَغِيرَةً أَو كَبِيرَةً؛ لأنَّ الدَّمَ قَد يَحتَبِسُ بِضِيقِ المَنفَذِ أَو غِلَظِ الدَّمِ وَعِندَ بَعضِهِم يُشتَرَطُ الإدمَاءُ لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَا أَنهَرَ الدَّمَ وَأَفرَى الأَودَاجَ فَكُل» شَرَطَ الإنهَارَ، وَعِندَ بَعضِهِم إن كَانَت كَبِيرَةً حَلَّ بِدُونِ الإدمَاءِ، وَلو ذَبَحَ شَاةً وَلَم يَسِل مِنهُ الدَّمُ قِيل لا تَحِلُّ وَقِيل تَحِلُّ وَوَجهُ القَولينِ دَخَل فِيمَا ذَكَرنَاهُ وَإذَا أَصَابَ السَّهمُ ظِلفَ الصَّيدِ أَو قَرنَهُ، فَإِن أَدمَاهُ حَلَّ وَإلا فَلا، وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعضَ مَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَخرِقْ) بِالزَّايِ المُعْجَمَةِ خَزَقَ المِعْرَاضُ: أَيْ نَفَذَ، وَبِالرَّاءِ المُهْمَلَةِ

خطأٌ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ إنْ جَرَحَهُ) يَعْنِي إذَا رَمَاهُ بِحَجَرٍ فَجَرَحَهُ، فَإِنْ كَانَ ثَقِيلا وَبِهِ حِدَّةٌ، قَالُوا لا يُؤْكَلُ لاحْتِمَالِ أَنَّ قَتْلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإِنْ كَانَ خَفِيفًا وَبِهِ حِدَّةٌ أُكِلَ.

وَالْمَرْوَةُ: حَجَرٌ أَبْيَضُ رَقِيقٌ كَالسِّكِّينِ يُذْبَحُ بِهِ، وَاللَّهُمَّ يُسْتَعْمَلُ عَقِيبَهُ إلا إذَا كَانَ الْمُسْتَثْنَى عَزِيزًا نَادِرًا إيذَانًا بِأَنَّهُ بَلَغَ فِي النُّدْرَةِ حَدَّ الشُّذُوذِ.

وَقَوْلُهُ (قِيلَ لا يَحِلُّ) هُوَ قَوْلُ أَبِي الْقَاسِمِ الصَّفَّارِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ النَّجِسَ لَمْ يَسِلْ فَلا يَكُونُ بِمَعْنَى الذَّبْحِ. وَقِيلَ يَحِلُّ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الإِسْكَافِ لِوُجُودِ الذَّكَاةِ بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ، وَالدَّمُ قَدْ يُحْتَبَسُ لِغِلَظِهِ أَوْ لِضِيقِ الْمَنْفَذِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَ أَبِي الْقَاسِمِ الصَّفَّارِ فَإِنَّهُ شَرَطَ سَيَلانَ الدَّمِ.

قَالَ (وَإِذَا رَمَى صَيدًا فَقَطَعَ عُضوًا مِنهُ أُكِلَ الصَّيدُ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلا يُؤكَلُ العُضوُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أُكِلا إن مَاتَ الصَّيدُ مِنهُ؛ لأَنَّهُ مُبَانٌ بِذَكَاةِ الاضطِرَارِ فَيَحِلُّ المُبَانُ وَالمُبَانُ مِنهُ كَمَا إذَا أُبِينَ الرَّأسُ بِذَكَاةِ الاختِيَارِ بِخِلافِ مَا إذَا لم يَمُت؛ لأَنَّهُ مَا أُبِينَ بِالذَّكَاةِ وَلَنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَا أُبِينَ مِن الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ»[1] ذِكرُ الحَيِّ مُطلَقًا فَيَنصَرِفُ إلى الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكمًا، وَالعُضوُ المُبَانُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لأَنَّ المُبَانَ مِنهُ حَيٌّ حَقِيقَةً لِقِيَامِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَكَذَا حُكمًا؛ لأَنَّهُ تُتَوَهَّمُ سَلامَتُهُ بَعدَ هَذِهِ الجِرَاحَةِ وَلِهَذَا اعتَبَرَهُ الشَّرعُ حَيًّا، حَتَّى لو وَقَعَ فِي المَاءِ وَفِيهِ حَيَاةٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَحرُمُ وَقَولُهُ أُبِينَ بِالذَّكَاةِ قُلنَا حَال وُقُوعِهِ لم يَقَع ذَكَاةً لِبَقَاءِ الرُّوحِ فِي البَاقِي، وَعِندَ زَوَالِهِ لا يَظهَرُ فِي المُبَانِ لِعَدَمِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَلا تَبَعِيَّةَ لِزَوَالِهَا بِالانفِصَالِ فَصَارَ هَذَا الحَرفُ هُوَ الأَصلُ؛ لأَنَّ المُبَانَ مِن الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكمًا لا يَحِلُّ، وَالمُبَانُ مِن الحَيِّ صُورَةً لا حُكمًا يَحِلُّ وَذَلِكَ بِأَن يَبقَى فِي المُبَانِ مِنهُ حَيَاةٌ بِقَدرِ مَا يَكُونُ فِي المَذبُوحِ فَإِنَّهُ حَيَاةٌ صُورَةً لا حُكمًا، وَلِهَذَا لو وَقَعَ فِي المَاءِ وَبِهِ هَذَا القَدرُ مِن الحَيَاةِ أَو تَرَدَّى مِن جَبَلٍ أَو سَطحٍ لا يَحرُمُ فَتُخَرَّجُ عَلَيهِ المَسَائِلُ، فَنَقُولُ: إذَا قَطَعَ يَدًا أَو رِجلا أَو فَخِذًا أَو ثُلُثَهُ مِمَّا يَلِي القَوَائِمَ أَو أَقَلَّ مِن نِصفِ الرَّأسِ يَحرُمُ المُبَانُ وَيَحِلُّ المُبَانُ مِنهُ؛ لأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ فِي البَاقِي (وَلَو قَدَّهُ بِنِصفَينِ أَو قَطَّعَهُ أَثلاثًا وَالأَكثَرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ أَو قَطَعَ نِصفَ رَأسِهِ أَو أَكثَرَ مِنهُ يَحِلُّ المُبَانُ وَالمُبَانُ مِنهُ)؛ لأَنَّ المُبَانَ مِنهُ حَيٌّ صُورَةً لا حُكمًا؛ إذ لا يُتَوَهَّمُ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي في الصيد باب ٩، وأحمد (٢١٨/٥).

بَقَاءُ الحَيَاةِ بَعدَ هَذَا الجُرحِ، وَالحَدِيثُ وَإِن تَنَاوَلَ السَّمَكَ وَمَا أُبِينَ مِنهُ فَهُوَ مَيِّتٌ، إلا أَنَّ مَيتَتَهُ حَلالٌ بِالحَدِيثِ الَّذِي رَوَينَاهُ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ رَمَى صَيْدًا إلخ) إذَا **قَطَعَ بِالرَّمْيِ عُضْوًا مِنْ الصَّيْد** أُكل الصَّيْدُ لَمَا بَيَّنَّا أَنَّ الرَّمْيَ مَعَ الجَرْحِ مُبِيحٌ وَقَدْ وُجِدَ، وَلا يُؤْكَلُ العُضْوُ إنْ أَمْكَنَ حَيَاتُهُ بَعْدَ الإِبَانَةِ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ أَكْلا.

وَقَال الشَّافِعِيُّ، وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبِي لَيْلى إنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ أُكِل لأَنَّهُ مُبَانٌ بِذَكَاة الاضْطِرَارِ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ حَلَّ المُبَانُ (وَالمُبَانُ مِنْهُ كَمَا إذَا أُبِينَ الرَّأْسُ بِذَكَاة الاخْتِيَارِ) وَذَلكَ لأَنَّ قَطْعَ أَيِّ عُضْوٍ كَانَ فِي ذَكَاة الاضْطِرَارِ كَقَطْعِ الرَّأْسِ فِي ذَكَاة الاخْتِيَارِ، وَالرَّأْسُ يُؤْكَلُ فِي ذَكَاة الاخْتِيَارِ فَكَذَا العُضْوُ المُبَانُ فِي ذَكَاة الاضْطِرَارِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَا أُبِينَ مِنْ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ**» وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّهُ ذَكَرَ الحَيَّ مُطْلَقًا، وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلى الفَرْد الكَامل، وَالكَاملُ هُوَ الحَيُّ حَقيقَةً وَحُكْمًا، وَالعُضْوُ المُبَانُ بِهَذه الصِّفَة: يَعْنِي أُبِينَ مِنْ الحَيِّ حَقيقَةً وَحُكْمًا، أَمَّا حَقيقَةً فَلقِيَام الحَيَاة به، وَأَمَّا حُكْمًا فَلأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ حَيَاتُهُ بَعْدَ إبَانَة هَذَا العُضْو، وَلهَذَا: أَيْ وَلكَوْنه حَيًّا حُكْمًا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ حَتَّى لوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَفِيه حَيَاةٌ بِهَذِه الصِّفَة لَمْ يُؤْكَل لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مَوْتُهُ بِوُقُوعه فِي المَاءِ.

وَقَوْلُهُ (أُبِينَ بِالذَّكَاة) ذَكَرَهُ ليُجِيبَ عَنْهُ بقَوْله قُلنَا وَتَقْرِيرُهُ سَلَّمْنَا أَنَّ مَا أُبِينَ بالذَّكَاة يُؤْكَلُ وَلكنْ لا ذَكَاةَ هَاهُنَا لأَنَّ هَذَا الفعْل وَهُوَ إبَانَةُ العُضْو حَال وُقُوعه لَيْسَ بِذَكَاة لبَقَاءِ الرُّوحِ فِي البَاقي عَلى وَجْه يُمْكنُ الحَيَاةُ بَعْدَهُ إذْ الفَرْضُ ذَلكَ، وَالجَرْحُ يُعْتَبَرُ ذَكَاةً إذَا مَاتَ منْهُ، أَوْ يَكُونُ عَلى وَجْه لا يُمْكنُ الحَيَاةُ بَعْدَهُ، وَلهَذَا لوْ وَجَدَهُ وَفيه منْ الحَيَاة فَوْقَ مَا فِي المَذْبُوحِ لا بُدَّ مِنْ ذَبْحه وَعنْدَ زَوَال الرُّوحِ وَإِنْ كَانَ ذَكَاةً بالنِّسْبَة إلى الصَّيْد، لكنَّهُ لَيْسَ بِذَكَاة بالنِّسْبَة إلى المُبَان لعَدَم تَأْثيره فِي مَوْته لفَقْد الحَيَاة فيه حينَئذ.

فَإِنْ قيل: فَليَكُنْ ذَكَاةً للمُبَان بتَبَعيَّة الأَكْثَر إذَا مَاتَ منْ ذَلكَ القَطْعِ. أَجَابَ بقَوْله وَلا تَبَعيَّةَ: يَعْني: الأَقَلُّ يَتْبَعُ الأَكْثَرَ إذَا لَمْ يَنْفَصل عَنْهُ، وَهَاهُنَا قَدْ انْفَصَل فَزَالتْ التَّبَعيَّةُ، وَالأَصْلُ المَذْكُورُ فِي الكتَاب ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالأَكْثَرُ ممَّا يَلي العَجزَ) احْترَازٌ

عَمَّا إذَا كَانَ الأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ الأَكْثَرُ لا غَيْرُ، وَهَذَا لأَنَّ الأَوْدَاجَ مِنْ القَلْبِ إلى الدِّمَاغِ، فَإِنْ أَبَانَ الثُّلُثَ مِمَّا يَلِي العَجُزَ لَمْ يَقَعْ الفِعْلُ ذَكَاةً لِعَدَمِ قَطْعِ الأَوْدَاجِ، وَإِنَّمَا وَقَعَتْ بِمَوْتِهِ، وَالجُزْءُ مُبَانٌ عِنْدَ ذَلِكَ.

وَأَمَّا إذَا أَبَانَ الثُّلُثَ مِمَّا يَلِي الرَّأْسَ فَقَدْ وَقَعَ الذَّكَاةُ بِقَطْعِ الأَوْدَاجِ نَفْسِهِ، وَحِينَئِذٍ لَمْ يَكُنْ الجُزْءُ مُبَانًا، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَلَوْ ضَرَبَ عُنُقَ شَاةٍ فَأَبَانَ رَأْسَهَا يَحِلُّ لِقَطْعِ الأَوْدَاجِ) وَيُكْرَهُ هَذَا الصَّنِيعُ لإِبْلاغِهِ النُّخَاعَ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مِنْ قِبَلِ القَفَا، إنْ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ لا يَحِلُّ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ حَتَّى قَطَعَ الأَوْدَاجَ حَلَّ (وَلَوْ ضَرَبَ صَيْدًا فَقَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلا وَلَمْ يُبِنْهُ؛ إنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ الالتِئَامُ وَالانْدِمَالُ فَإِذَا مَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ)؛ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ أَجْزَائِهِ، وَإِنْ كَانَ لا يُتَوَهَّمُ بِأَنْ بَقِيَ مُتَعَلِّقًا بِجِلْدِهِ حَلَّ مَا سِوَاهُ لِوُجُودِ الإِبَانَةِ مَعْنًى وَالعِبْرَةُ لِلمَعَانِي.

قَال (وَلا يُؤكَلُ صَيدُ المَجُوسِيِّ وَالمُرتَدِّ وَالوَثَنِيِّ)؛ لأَنَّهم ليسُوا مِن أَهلِ الذَّكَاةِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الذَّبَائِحِ، وَلا بُدَّ مِنهَا فِي إبَاحَةِ الصَّيدِ بِخِلافِ النَّصرَانِيِّ وَاليَهُودِيِّ؛ لأَنَّهُمَا مِن أَهلِ الذَّكَاةِ اختِيَارًا فَكَذَا اضطِرَارًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يُؤْكَلُ صَيْدُ المَجُوسِيِّ) مَبْنَاهُ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ غَيْرَ أَهْلِ الكِتَابِ مِنْ الكُفَّارِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلذَّكَاةِ الاخْتِيَارِيَّةِ وَلا بُدَّ مِنْهَا فِي إبَاحَةِ الصَّيْدِ.

قَال (وَمَن رَمَى صَيدًا فَأَصَابَهُ وَلَم يُثخِنهُ وَلَم يُخرِجهُ عَن حَيِّزِ الامتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي وَيُؤكَلُ)؛ لأَنَّهُ هُوَ الآخِذُ، وَقَد قَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الصَّيدُ لِمَن أَخَذَ» (وَإِن كَانَ الأَوَّلُ أَثخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلأَوَّل وَلَم يُؤكَل) لاحتِمَال المَوتِ بِالثَّانِي، وَهُوَ لَيسَ بِذَكَاةٍ لِلقُدرَةِ عَلى ذَكَاةِ الاختِيَارِ، بِخِلافِ الوَجهِ الأَوَّل، وَهَذَا إذَا كَانَ الرَّميُ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَنجُو مِنهُ الصَّيدُ؛ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ المَوتُ مُضَافًا إلى الرَّميِ الثَّانِي وَأَمَّا إذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لا يَسلمُ مِنهُ الصَّيدُ بِأَن لا يَبقَى فِيهِ مِن الحَيَاةِ إلا بِقَدرِ مَا يَبقَى فِي المَذبُوحِ، كَمَا إذَا أَبَانَ رَأسَهُ يَحِلُّ؛ لأَنَّ المَوتَ لا يُضَافُ إلى الرَّميِ الثَّانِي؛ لأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ بِمَنزِلَةٍ، وَإِن كَانَ الرَّميُ الأَوَّلُ بِحَالٍ لا يَعِيشُ مِنهُ الصَّيدُ إلا أَنَّهُ بَقِيَ فِيهِ مِن الحَيَاةِ أَكثَرُ مِمَّا يَكُونُ بَعدَ الذَّبحِ بِأَن كَانَ يَعِيشُ يَومًا أَو دُونَهُ؛ فَعَلى قَول أَبِي

يُوسُفَ لا يَحرُمُ بِالرَّمي الثَّانِي؛ لأَنَّ هَذَا القَدرَ مِن الحَيَاةِ لا عِبرَةَ بِهَا عِندَهُ وَعِندَ مُحَمَّدٍ يَحرُمُ؛ لأَنَّ هَذَا القَدرَ مِن الحَيَاةِ مُعتَبَرٌ عِندَهُ عَلى مَا عُرِفَ مِن مَذهَبِهِ فَصَارَ الجَوَابُ فِيهِ وَالجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لا يَسلمُ مِنهُ الصَّيدُ سَوَاءٌ فَلا يَحِلُّ قَالَ (وَالثَّانِي ضَامِنٌ لقِيمَتِهِ للأَوَّل غَيرَ مَا نَقَصَتهُ جِرَاحَتُهُ)؛ لأَنَّهُ بِالرَّمي أَتلفَ صَيدًا مَملُوكًا لهُ؛ لأَنَّهُ مَلكَهُ بِالرَّمي المُثخِنِ وَهُوَ مَنقُوصٌ بِجِرَاحَتِهِ، وَقِيمَةُ المُتلفِ تُعتَبَرُ يَومَ الإِتلافِ قَالَ ﷺ: تَأوِيلُهُ إِذَا عُلمَ أَنَّ القَتل حَصَل بِالثَّانِي بِأَن كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَجُوزُ أَن يَسلمَ الصَّيدُ مِنهُ وَالثَّانِي بِحَالٍ لا يَسلمُ الصَّيدُ مِنهُ ليَكُونَ القَتلُ كُلُّهُ مُضَافًا إِلى الثَّانِيَ وَقَد قَتَل حَيَوَانًا مَملُوكًا للأَوَّل مَنقُوصًا بِالجِرَاحَةِ فَلا يَضمَنُهُ كَمَلا، كَمَا إِذَا قَتَل عَبدًا مَرِيضًا إِن عَلمَ أَنَّ المَوتَ يَحصُلُ مِن الجِرَاحَتَينِ أَو لا يَدرِي قَال فِي الزِّيَادَاتِ: يَضمَنُ الثَّانِي مَا نَقَصَتهُ جِرَاحَتُهُ ثُمَّ يُضَمِّنُهُ نِصفَ قِيمَتِهِ مَجرُوحًا بِجِرَاحَتَينِ ثُمَّ يَضمَنُ نِصفَ قِيمَةِ لحمِهِ أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهُ جَرَحَ حَيَوَانًا مَملُوكًا للغَيرِ وَقَد نَقَصَهُ فَيَضمَنُ مَا نَقَصَهُ أَوَّلا وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ المَوتَ حَصَل بِالجِرَاحَتَينِ فَيَكُونُ هُوَ مُتلفًا نِصفَهُ وَهُوَ مَملُوكٌ لغَيرِهِ فَيَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ مَجرُوحًا بِالجِرَاحَتَينِ؛ لأَنَّ الأُولى مَا كَانَت بِصُنعِهِ، وَالثَّانِيَةَ ضَمِنَهَا مَرَّةً فَلا يَضمَنُهَا ثَانِيًا وَأَمَّا الثَّالثُ فَلأَنَّ بِالرَّمي الأَوَّل صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذَكَاةِ الاختِيَارِ لولا رَميُ الثَّانِي، فَهَذَا بِالرَّمي الثَّانِي أَفسَدَ عَليهِ نِصفَ اللَّحمِ فَيَضمَنُهُ، وَلا يَضمَنُ النِّصفَ الآخَرَ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَهُ مَرَّةً فَدَخَل ضَمَانُ اللَّحمِ فِيهِ، وَإِن كَانَ رَمَاهُ الأَوَّلُ ثَانِيًا فَالجَوَابُ فِي حُكمِ الإِبَاحَةِ كَالجَوَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّامِي غَيرَهُ، وَيَصِيرُ كَمَا إِذَا رَمَى صَيدًا عَلى قِمَّةِ جَبَلٍ فَأَثخَنَهُ ثُمَّ رَمَاهُ ثَانِيًا فَأَنزَلهُ لا يَحِلُّ؛ لأَنَّ الثَّانِيَ مُحَرِّمٌ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ إلخ) اعْلمْ أَنَّ الرَّجُليْنِ إذَا رَمَيَا صَيْدًا فَذَاكَ يَنْقَسِمُ إلى قِسْمَيْنِ: إمَّا أَنْ يَرْمِيَاهُ مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا.

وَالأَوَّلُ عَلى أَوْجُه: فَإِنَّهُ إذَا رَمَيَاهُ مَعًا فَإِمَّا أَنْ يُصِيبَا مَعًا أَوْ يُصِيبَ أَحَدُهُمَا أَوَّلا، فَإِنْ أَصَابَ فَإِمَّا أَنْ يُثْخِنَهُ قَبْل إصَابَة الثَّانِي أَوَّلا. وَالثَّانِي كَذَلكَ فَإِنَّهُ إمَّا إنْ رَمَاهُ الثَّانِي قَبْل إصَابَة السَّهْمِ الأَوَّل أَوْ بَعْدَهَا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَإِمَّا أَنْ يُثْخِنَهُ الأَوَّلُ أَوْ لمْ يُثْخِنْهُ، وَالأَوَّلُ بِوُجُوهِهِ وَالوَجْهُ الأَوَّلُ مِنْ الثَّانِي غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الكِتَابِ، وَأَنَا أَذْكُرُ ذَلكَ

تَكْملةً للإفَادَة، فَإنْ **رَمَيَا مَعًا وَأَصَابَا مَعًا فَقَتَلاهُ** فَهُوَ لَهُمَا جَميعًا، وَيُؤْكَلُ لأَنَّ كُلَّ وَاحدٍ منْهُمَا رَمَى إلى صَيْدٍ مُبَاحٍ فَيَحلُّ تَنَاوُلُهُ اعْتبَارًا بحَالة الرَّمْي، فَإنَّهُ كَانَ صَيْدًا حَال رَمْيِهمَا فَيَقَعُ فعْلُ كُلِّ وَاحدٍ منْهُمَا ذَكَاةً وَأَصَابَتْ الرَّمْيَتَان مَعًا فَاسْتَوَيَا في السَّبَبيَّة، وَذَلكَ يُوجبُ المُسَاوَاةَ في الملك، وَإنْ **رَمَيَاهُ مَعًا فَأَصَابَهُ سَهْمُ أَحَدهمَا أَوَّلا فَأَثْخَنَهُ: أَيْ أَضْعَفَهُ وَأَخْرَجَهُ عَنْ حَيِّز الامْتنَاعِ ثُمَّ أَصَابَ سَهْمُ الآخَرِ فَقَتَلهُ** فَهُوَ للأَوَّل، وَحَلَّ أَكْلُهُ عنْدَنَا، خلافًا لزُفَرَ. هُوَ يَعْتَبرُ حَالَةَ الاتِّصَال وَالسَّهْمُ الثَّاني أَصَابَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُمْتَنعٍ فَصَارَ كَمَا لوْ رَمَى شَاةً، وَنَحْنُ نَعْتَبرُ للحلِّ حَالةَ الإرْسَال لأَنَّ الإصَابَةَ بالمَحَلِّ تُبيحُهُ وَلَهَذَا تَعَيَّنَ التَّسْميَةُ حَالةَ الإرْسَال وَالإرْسَالُ قَدْ حَصَل منْهُمَا وَالمَحَلُّ صَيْدٌ فَلمْ يَتَعَلَّقْ بالثَّاني حَظْرٌ، وَللملك حَالةَ الاتِّصَال لأَنَّ الملكَ يَتَّصلُ بالمَحَلِّ، وَسَهْمُ الأَوَّل أَخْرَجَهُ عَنْ حَيِّز الامْتنَاعِ فَمَلَكَهُ قَبْل أَنْ يَتَّصل به الثَّاني، وَإنْ لَمْ يُثْخنْهُ فَهُوَ للثَّاني وَهُوَ ظَاهرٌ، وَإنْ **رَمَاهُ الثَّاني بَعْدَمَا رَمَاهُ الأَوَّلُ قَبْل أَنْ يُصيبَ سَهْمُهُ** وَهُوَ الأَوَّلُ منْ القسْمِ الثَّاني فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لوْ رَمَيَاهُ مَعًا هُوَ لَهُمَا وَحَلَّ أَكْلُهُ.

وَأَمَّا المَذْكُورُ في الكتَاب فَقَدْ أَمْعَنَ المُصَنِّفُ في بَيَانه، وَنُشيرُ إلى بَعْضِ أَلفَاظه إنْ خَفيَ. فَقَوْلُهُ (هَذَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله وَلَمْ يُؤْكَل.

وَقَوْلُهُ (وَإنْ علمَ أَنَّ المَوْتَ حَصَل منْ الجرَاحَتَيْنِ أَوْ لا يَدْري قَال في الزِّيَادَات إلخ) بَيَانٌ لحُكْمِ الضَّمَان وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ الحلِّ.

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ لَمْ يُؤْكَل لأَنَّ إحْدَى الرَّمْيَتَيْنِ تَعَلَّقَ بهَا حَظْرٌ وَالأُخْرَى تَعَلَّقَ بهَا الإبَاحَةُ، وَإنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهُ المُصَنِّفُ لأَنَّهُ يُعْلمُ منْ ضَمَان اللَّحْم، وَإنَّمَا كَانَ حُكْمُ صُورَه الجَهَالةَ وَهيَ أَنْ لا يَدْريَ أَنَّ المَوْتَ حَصَل بأَيِّهمَا كَصُورَة العلمِ بذَلكَ، لأَنَّ كُلَّ وَاحدٍ منْ الجرَاحَتَيْنِ سَبَبٌ للقَتْل ظَاهرًا فَيُضَافُ إليْهمَا.

قيل كَانَ الوَاجبُ أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ ضَمَانُ نُقْصَان الجرَاحَة لدُخُوله تَحْتَ ضَمَان نصْف القيمَة، وَهُوَ فَاسدٌ لأَنَّ ضَمَانَ نُقْصَان الجرَاحَة إنَّمَا هُوَ بسَبَبٍ قَبْل سَبَب ضَمَان نصْف القيمَة فَكَيْفَ يَدْخُلُ فيه.

وَقَوْلُهُ (وَإنْ كَانَ رَمَاهُ الأَوَّلُ ثَانيًا) يَعْني أَنَّ مَا تَقَدَّمَ كَانَ فيمَا إذَا كَانَ الرَّامي الثَّاني غَيْرَ الرَّامي الأَوَّل، وَهَذَا فيمَا إذَا رَمَاهُ الأَوَّلُ ثَانيًا. قَوْلُهُ (فَالجَوَابُ في حُكْمِ

الإِبَاحَةِ إلخْ) يَعْنِي لا فِي حُكْمِ الضَّمَانِ، لأَنَّ الإِنْسَانَ لا يَضْمَنُ مِلكَ نَفْسِهِ بِفِعْلِهِ لِنَفْسِهِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

قَال (**وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنْ الحَيَوَانِ وَمَا لا يُؤْكَلُ**) لِإِطْلَاقِ مَا تَلُونَا وَالصَّيْدُ لا يَخْتَصُّ بِمَأْكُولِ اللَّحْمِ قَال قَائِلُهُمْ:

صَيْدُ المُلُوكِ أَرَانِب وَثَعَالِب ... وَإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِي الأَبْطَالُ

وَلأَنَّ صَيْدَهُ سَبَبٌ لِلانْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ أَوْ شَعْرِهِ أَوْ رِيشَةِ أَوْ لاسْتِدْفَاعِ شَرِّهِ وَكُلُّ ذَلِكَ مَشْرُوعٌ والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الرَّهنِ

الرَّهنُ لُغَةً: حَبسُ الشَّيءِ بِأيِّ سَبَبٍ كَانَ وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعلُ الشَّيءِ مَحبُوسًا بِحَقٍّ يُمكِنُ استِيفَاؤُهُ مِن الرَّهنِ كَالدُّيُونِ، وَهُوَ مَشرُوعٌ بِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ اشتَرَى مِن يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ بِهِ دِرعَهُ» وَقَد انعَقَدَ عَلَى ذَلكَ الإِجمَاعُ، وَلأَنَّهُ عَقدُ وَثِيقَةٍ لجَانِبِ الاستِيفَاءِ فَيُعتَبَرُ بِالوَثِيقَةِ فِي طَرَفِ الوُجُوبِ وَهِيَ الكَفَالَةُ قَال (الرَّهنُ يَنعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُول وَيَتِمُّ بِالقَبضِ) قَالُوا: الرُّكنُ الإِيجَابُ بِمُجَرَّدِهِ؛ لأَنَّهُ عَقدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالمُتَبَرِّعِ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالقَبضُ شَرطُ اللُّزُومِ عَلى مَا نُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى وَقَال مَالكٌ: يَلزَمُ بِنَفسِ العَقدِ؛ لأَنَّهُ يَختَصُّ بِالمَال مِن الجَانِبَينِ فَصَارَ كَالبَيعِ، وَلأَنَّهُ عَقدُ وَثِيقَةٍ فَأَشبَهَ الكَفَالَةَ وَلنَا مَا تَلونَا، وَالمَصدَرُ المَقرُونُ بِحَرفِ الفَاءِ فِي مَحَل الجَزَاءِ يُرَادُ بِهِ الأَمرُ، وَلأَنَّهُ عَقدُ تَبَرُّعٍ لِمَا أَنَّ الرَّاهِنَ لا يَستَوجِبُ بِمُقَابَلَتِهِ عَلى المُرتَهِنِ شَيئًا وَلِهَذَا لا يُجبَرُ عَلَيهِ فَلا بُدَّ مِن إمضَائِهِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ وَذَلكَ بِالقَبضِ، ثُمَّ يَكتَفِي فِيهِ بِالتَّخليَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لأَنَّهُ قَبضٌ بِحُكمِ عَقدٍ مَشرُوعٍ فَأَشبَهَ قَبضَ المَبِيعِ وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَثبُتُ فِي المَنقُول إلا بِالنَّقل؛ لأَنَّهُ قَبضٌ مُوجِبٌ للضَّمَانِ ابتِدَاءً بِمَنزِلةِ الغَصبِ، بِخِلافِ الشِّرَاءِ؛ لأَنَّهُ نَاقِلٌ للضَّمَانِ مِن البَائِعِ إلى المُشتَرِي وَليسَ بِمُوجِبٍ ابتِدَاءً وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

(**كِتَابُ الرَّهنِ**): وَجْهُ مُنَاسَبَة الرَّهْنِ لكتَاب الصَّيْد منْ حَيْثُ كَوْنُهُمَا سَبَبَيْنِ لتَحْصِيل المَال، وَمنْ مَحَاسنه حُصُولُ النَّظَرِ لجَانب الدَّائن وَالمَدْيُون.

وَسَبَبُهُ مَا ذَكَرْنَا غَيْرَ مَرَّة. وَشَرْطُ جَوَازه وَتَفْسيرُهُ وَمَشْرُوعيَّتُهُ وَحُكْمُهُ مَذْكُورٌ في الكتَاب، وَسَنَذْكُرُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا. أَمَّا تَفْسيرُهُ فَمَا ذَكَرَهُ (الرَّهْنُ لُغَةً حَبْسُ الشَّيْء بأَيِّ سَبَب كَانَ، وَفي الشَّرِيعَة جَعْلُ الشَّيْء مَحْبُوسًا بحَقٍّ يُمْكنُ اسْتيفَاؤُهُ منْهُ) أَيْ اسْتيفَاءُ الحَقِّ منْ الرَّهْنِ بمَعْنَى المَرْهُون (كَالدُّيُون) وَهُوَ احْترَازٌ عَنْ ارْتهَان الخَمْر وَعَنْ الرَّهْنُ عَنْ الحُدُود وَالقصَاص، وَأَمَّا **مَشْرُوعيَّتُهُ** فَبقَوْله تَعَالى ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ وَهُوَ جَمْعُ رَهْنٍ كَعبَاد في جَمْع عَبْد، وَبمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ اشْتَرَى منْ يَهُوديٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ درْعَهُ» وَبالإجْمَاع فَإنَّ الأُمَّةَ اجْتَمَعَتْ عَلَى جَوَازه منْ غَيْر نَكير، وَبالمَعْقُول وَهُوَ أَنَّهُ عَقْدُ وَثيقَة

لجَانبِ الاسْتِيفَاءِ فَيُعْتَبَرُ بالوَثِيقَةِ فِي طَرَفِ الوُجُوبِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ للدَّيْنِ طَرَفَيْنِ: طَرَفُ الوُجُوبِ وَطَرَفُ الاسْتِيفَاءِ لأَنَّهُ يَجِبُ أَوَّلا فِي الذِّمَّةِ ثُمَّ يُسْتَوْفَى المَالُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الوَثِيقَةُ لطَرَفِ الوُجُوبِ الذي يَخْتَصُّ بالذِّمَّةِ وَهِيَ الكَفَالَةُ جَائِزَةٌ، فَكَذَا الوَثِيقَةُ التِي تَخْتَصُّ بالمَالِ، بَل بِطَرِيقِ الأَوْلَى لأَنَّ الاسْتِيفَاءَ هُوَ المَقْصُودُ وَالوُجُوبُ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ.

قَال (**الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بالإيجَاب وَالقَبُول**) رُكْنُ الرَّهْنِ الإِيجَابُ، وَهُوَ قَوْلُ الرَّاهِنِ رَهَنْتُك هَذَا المَال بدَيْنٍ لك عَليَّ وَمَا أَشْبَهَهُ. وَالقَبُولُ: وَهُوَ قَوْلُ المُرْتَهِنِ قَبلت، لأَنَّهُ عَقْدٌ وَالعَقْدُ يَنْعَقِدُ بالإِيجَابِ وَالقَبُول، وَعَلى ذَلكَ عَامَّةُ المَشَايِخِ (قَالُوا) أَرَادَ به شَيْخَ الإِسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَهْ (الرُّكْنُ بالإِيجَابِ بِمُجَرَّدِه لأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ يَتمُّ بالمُتَبَرِّعِ) فَالرَّهْنُ يَتمُّ بالمُتَبَرِّعِ، أَمَّا أَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فلأَنَّ الرَّاهِنَ لَمْ يَسْتَوْجِبْ بإِزَاءِ مَا أَثْبَتَ للمُرْتَهِنِ مِنْ اليَدِ شَيْئًا عَلَيْه، وَلا نَعْنِي بالتَّبَرُّعِ إلا ذَلكَ. وَأَمَّا أَنَّ كُل مَا هُوَ كَذَلكَ يَتمُّ بالمُتَبَرِّعِ فكَالهِبَة وَالصَّدَقَة، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ اسْتَوْجَبَ عَلَيْه صَيْرُورَتَهُ مُسْتَوْفِيًا لدَيْنه عِنْدَ الهَلاك. وَالجَوَابُ أَنَّ المُرَادَ بالاسْتِيجَاب مَا يَكُونُ ابْتداءً وَالرَّهْنُ لَيْسَ كَذَلكَ.

قَوْلُهُ (وَالقَبْضُ شَرْطُ اللُّزُومِ) كَأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لقَوْل القُدُورِيِّ وَيَتمُّ القَبْضُ فَيَكُونُ الرَّهْنُ قَبْل القَبْضِ جَائزًا وَبِه يَلزَمُ، وَهُوَ أَيْضًا اخْتِيَارُ شَيْخِ الإِسْلامِ وَهُوَ مُخَالفٌ لرِوَايَة عَامَّة الكُتُب. قَال مُحَمَّدٌ: **لا يَجُوزُ الرَّهْنُ إلا مَقْبُوضًا**. وَقَال الحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي الكَافِي: لا يَجُوزُ الرَّهْنُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ. وَقَال الطَّحَاوِيُّ فِي مُخْتَصَرِه: لا يَجُوزُ الرَّهْنُ إلا مَقْبُوضًا مُفرَّغًا مَحُوزًا.

وَقَال الكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِه: قَال أَبُو حَنِيفَةَ وَزُفَرُ وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالحَسَنُ ابْنُ زِيَاد: لا يَجُوزُ الرَّهْنُ إلا مَقْبُوضًا. وَقَال مَالكٌ: يَلزَمُ الرَّهْنُ بنَفْسِ العَقْد لأَنَّهُ يَخْتَصُّ بنَفْسِ المَال منْ الجَانبَيْنِ فَصَارَ كَالبَيْعِ، وَلأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَة فَلا يَكُونُ القَبْضُ شَرْطًا كَالكَفَالَة (وَلنَا مَا تَلوْنَا) مِنْ قَوْله تَعَالى ﴿فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وَالمَصْدَرُ المَقْرُونُ بحَرْفِ الفَاءِ فِي مَحَل الجَزَاءِ يُرَادُ به الأَمْرُ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] أَيْ فَليَصُمْ، وَكَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾

[النساء: ٩٢] أيْ فَلْيُحَرِّرْ فَيكُونُ تَقْدِيرُهُ وَاللهُ أَعْلَمُ: وَإِذَا كُنْتُمْ عَلى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَارْهَنُوا وَارْتَهِنُوا، لكِنْ تَرَكَ كَوْنَهُ مَعْمُولا بِهِ فِي حَقِّ ذَلِكَ حَيْثُ لَمْ يَجِبْ الرَّهْنُ عَلى المَدْيُونِ وَلا قَبُولُهُ عَلى الدَّائِنِ بِالإِجْمَاعِ فَوَجَبَ أَنْ يَعْمَلَ فِي شَرْطِهِ وَهُوَ القَبْضُ كَمَا فِي قَوْلِهِ ﷺ «**الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ مِثْلا بِمِثْلٍ**» بِالنَّصْبِ: أيْ بِيعُوا، فَلَمْ يَعْمَلِ الأَمْرُ فِي نَفْسِ البَيْعِ لأَنَّ البَيْعَ مُبَاحٌ فَصُرِفَ إِلى شَرْطِهِ وَهُوَ المُمَاثَلَةُ فِي أَمْوَالِ الرِّبَا فَكَذَا هَذَا.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ مَا قِيلَ إِنَّ المُصَنِّفَ جَعَلَ الرِّهَانَ مَصْدَرًا وَهُوَ جَمْعُ رَهْنٍ. وَالثَّانِي أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الأَمْرُ لِلإِبَاحَةِ بِقَرِينَةِ الإِجْمَاعِ فَيَنْصَرِفُ إِلى الرَّهْنِ لا إِلى القَبْضِ. وَالثَّالِثُ أَنَّ القَبْضَ إِنْ كَانَ شَرْطًا لِلجَوَازِ أَوْ لِلُّزُومِ وَسُلِّمَ ذَلِكَ فَقَدْ ارْتَفَعَ النِّزَاعُ وَلا حَاجَةَ إِلى الدَّلِيلِ.

وَالرَّابِعُ أَنَّ الآيَةَ مَتْرُوكَةُ الظَّاهِرِ، لأَنَّ ظَاهِرَهَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ الرَّهْنَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي السَّفَرِ كَمَا قَالَ بِهِ مُجَاهِدٌ وَالضَّحَّاكُ وَقَدْ تُرِكَ.

وَمَتْرُوكُ الظَّاهِرِ لا يَصْلُحُ حُجَّةً. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّهُ مِمَّا يُقْضَى مِنْهُ العَجَبُ لأَنَّهُ جَمْعُ رَهْنٍ وَالرَّهْنُ مَصْدَرٌ فَجَمْعُهُ كَذَلِكَ، وَإِسْنَادُ " مَقْبُوضَةٌ " إِلى ضَمِيرِ المَصْدَرِ مَجَازٌ عَقْلِيٌّ كَمَا فِي: سَيْلٌ مُفْعَمٌ.

وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الأَمْرَ فِي الوُجُوبِ حَقِيقَةٌ كَمَا عُرِفَ وَالإِجْمَاعُ لا يَصْلُحُ قَرِينَةً لِلمَجَازِ لأَنَّ المَجَازَ هُوَ اللفْظُ المُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِ مَا وُضِعَ لهُ بِقَرِينَةٍ وَالإِجْمَاعُ لَمْ يَكُنْ حَالَ اسْتِعْمَالِ هَذَا اللفْظِ، وَإِعْمَالُ الحَقِيقَةِ فِي الرَّهْنِ غَيْرُ مُمْكِنٍ فَصُرِفَ إِلى القَبْضِ. وَعَنْ الثَّالِثِ أَنَّ الدَّلِيلَ لإِلزَامِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ حَيْثُ لا يَجْعَلُهُ شَرْطَ اللُّزُومِ وَلا الجَوَازِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللهَ تَعَالى وَصَفَ الرَّهْنَ بِالقَبْضِ كَمَا وَصَفَ التِّجَارَةَ بِالتَّرَاضِي، وَالتَّرَاضِي وَصْفٌ لازِمٌ فِي التِّجَارَةِ فَكَذَا القَبْضُ فِي الرَّهْنِ. لا يُقَالُ: هَذَا اسْتِدْلالٌ بِمَفْهُومِ الصِّفَةِ، وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ، إِمَّا لأَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُ الجُمْهُورِ مِنْ أَصْحَابِنَا فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ قَدْ اخْتَارَهُ، وَإِمَّا لأَنَّ عَدَمَ الصِّحَّةِ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ تَكُنْ الصِّفَةُ مَقْصُودَةً، وَقَدْ ذَكَرْنَا آنِفًا أَنَّ الوُجُوبَ انْصَرَفَ إِلَيْهَا.

وَعَنْ الرَّابِعِ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ بِدَلِيلٍ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، لأَنَّ النُّصُوصَ المُؤَوَّلَةَ مَتْرُوكَةُ الظَّاهِرِ وَهِيَ عَامَّةُ الدَّلائِلِ، هَذَا مَا سَنَحَ لِي فِي هَذَا المَوْضِعِ وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ) دَليلٌ مَعْقُولٌ على اشْتِرَاطِ القَبْضِ وَهُوَ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (ثُمَّ يُكْتَفَى فيهِ بالتَّخْلِيَةِ) يُرِيدُ بِهَا رَفْعَ المَانِعِ، وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضٌ مُوجِبٌ للضَّمَانِ ابْتِداءً) لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَى الرَّاهِنِ قَبْلَ القَبْضِ حَتَّى يَنْتَقِلَ الضَّمَانُ مِنْهُ إلى المُرْتَهِنِ، وَكُلُّ قَبْضٍ هَذَا شَأْنُهُ لا يُكْتَفَى فيهِ بالتَّخْلِيَةِ كَمَا فِي الغَصْبِ، فَإِنَّ المَغْصُوبَ لا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِدُونِ النَّقْلِ فَكَذَلِكَ المَرْهُونُ، وَفيهِ نَظَرٌ لأَنَّ القَبْضَ بِعَقْدِ التَّبَرُّعِ لَمْ يُعْهَدْ مُوجِبًا للضَّمَانِ وَبَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالضَّمَانِ مُنَافَاةٌ، وَلا بُدَّ مِنْ الضَّمَانِ فِي الرَّهْنِ عِنْدَ الهَلاكِ فَيَنْتَفِي التَّبَرُّعُ فَلا يَنْعَقِدُ الرَّهْنُ إلا بالإِيجَابِ وَالقَبُولِ، وَعَلَى ذَلكَ رِوَايَةُ الكُتُبِ كَالمُنْتَقَى وَالمُحِيطِ وَغَيْرِهِمَا (بخلافِ الشِّرَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ وَجْهِ الظَّاهِرِ بِأَنَّ القَبْضَ فِي الشِّرَاءِ نَاقِلٌ للضَّمَانِ مِنْ البَائِعِ إلى المُشْتَرِي لِكَوْنِ المَبِيعِ بَعْدَ العَقْدِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إلى المُشْتَرِي مَضْمُونًا عَلَى البَائِعِ بالثَّمَنِ، وَبالتَّسْلِيمِ إلَيْهِ يَنْتَقِلُ الضَّمَانُ مِنْهُ إلَيْهِ فَلَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَى القَابِضِ ابْتِداءً. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) أَيْ وَجْهُ الظَّاهِرِ (أَصَحُّ) لأَنَّ الرَّهْنَ تَوْثِقَةٌ لِجِهَةِ الاسْتِيفَاءِ، وَحَقِيقَةُ الاسْتِيفَاءِ تَثْبُتُ بالتَّخْلِيَةِ بِأَنْ يُخْلِيَ الرَّاهِنُ بَيْنَ المُرْتَهِنِ وَدَيْنِهِ فَكَذَلِكَ جِهَتُهُ، إِذْ الحَقِيقَةُ أَقْوَى مِنْ الجِهَةِ، وَمَا يَثْبُتُ بِهِ الأَقْوَى يَثْبُتُ بِهِ الأَدْنَى.

وَأَمَّا الوَصْفُ المَذْكُورُ فِي وَجْهِ غَيْرِ الظَّاهِرِ وَهُوَ كَوْنُ القَبْضِ فِي الشِّرَاءِ نَاقِلا للضَّمَانِ وَفِي الرَّهْنِ مُثْبِتًا لهُ ابْتِداءً فَلا يَكَادُ يُبِينُ.

قال (وَإِذَا قَبَضَهُ المُرتَهِنُ مَحُوزًا مُفَرَّغًا مُتَمَيِّزًا تَمَّ العَقدُ فِيهِ) لِوُجُودِ القَبضِ بِكَمَالِهِ فَلزِمَ العَقدُ (وَمَا لم يَقبِضهُ فَالرَّاهِنُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ سَلَّمَهُ وَإن شَاءَ رَجَعَ عَن الرَّهنِ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّ اللُّزُومَ بِالقَبضِ إذ المَقصُودُ لا يَحصُلُ قَبلَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا قَبَضَهُ المُرْتَهِنُ إلخ) قَدْ ثَبَتَ أَنَّ القَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الهِبَةِ أَنَّ المَنْصُوصَ مُعْتَنًى بِشَأْنِهِ وَذَلكَ يَقْتَضِي الكَمَالَ، وَالكَامِلُ فِي القَبْضِ هُوَ أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ مَحُوزًا مُفَرَّغًا مُتَمَيِّزًا فَيَجِبُ ذَلكَ. وَقَوْلُهُ مَحُوزًا احْتِرَازٌ عَنْ رَهْنِ التَّمْرِ عَلَى رُءُوسِ النَّخْلِ بِدُونِهَا.

وَقَوْلُهُ (مُفَرَّغًا) احْتِرَازٌ عَنْ عَكْسِهِ. وَقَوْلُهُ (مُتَمَيِّزًا) احْتِرَازٌ عَنْ الشُّيُوعِ فِي

الرَّهْنِ، فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ تَمَّ العَقْدُ وَلَزِمَ.

وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ فَالرَّاهِنُ بِالخِيَارِ بَيْنَ التَّسْلِيمِ وَعَدَمِه لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ اللُّزُومَ أَوْ الجَوَازَ بِالقَبْضِ، إذْ المَقْصُودُ وَهُوَ الاسْتِيفَاءُ لا يَحْصُلُ قَبْلَهُ: أَيْ قَبْلَ القَبْضِ، فَإِذَا قَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ دَخَلَ فِي ضَمَانِه. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِه لا يَسْقُطُ بِهَلاكِه شَيْءٌ مِنْ الدَّيْنِ لِقَوْلِه ﷺ «**لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**»[1] قَالَهَا أَيْ هَذِه الأَلفَاظُ ثَلاثًا «**لِصَاحِبِه غُنْمُهُ**»: أَيْ زَوَائِدُهُ «**وَعَلَيْه غُرْمُهُ**» أَيْ هَلاكُهُ. قَالَ: وَمَعْنَاهُ لا يَصِيرُ: أَيْ الرَّهْنُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، وَلأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ لِيَزْدَادَ بِه الصِّيَانَةُ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِهَلاكِه عَادَ عَلَى مَوْضُوعِه بِالنَّقْضِ. وَلَنَا «قَوْلُهُ ﷺ لِلمُرْتَهِنِ بَعْدَمَا نَفَقَ فَرَسُ الرَّهْنِ عِنْدَهُ ذَهَبَ حَقُّكَ»[2] وَحَقُّهُ الدَّيْنُ فَيَكُونُ ذَاهِبًا.

لا يُقَالُ: الْمُرَادُ بِه ذَهَبَ حَقُّك مِنْ الإِمْسَاكِ أَوْ مِنْ الْمُطَالَبَة بِرَهْنٍ آخَرَ، لأَنَّ الأَوَّلَ مُشَاهَدٌ فَلا فَائِدَةَ فِي الإِخْبَارِ عَنْهُ، وَالثَّانِي لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ وَلأَنَّهُ ذَكَرَ الحَقَّ فِي أَوَّل الحَدِيث مُنَكَّرًا «أَنَّ رَجُلا رَهَنَ فَرَسًا عِنْدَ رَجُلٍ بِحَقٍّ لَهُ عَلَيْه فَنَفَقَ الفَرَسُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ فَاخْتَصَمَا إِلى النَّبِيِّ ﷺ فَقَال لِلمُرْتَهِنِ: **ذَهَبَ حَقُّكَ**» فَذَكَرَ الحَقَّ مُنَكَّرًا، ثُمَّ أَعَادَهُ مُعَرَّفًا.

وَفِي ذَلِكَ يَكُونُ الثَّانِي عَيْنَ الأَوَّل، كَذَا فِي النِّهَايَة. وَفِيه نَظَرٌ، لأَنَّ أَحَدَهُمَا كَلامُ الرَّاوِي وَالآخَرُ كَلامُ النَّبِيِّ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ القَاعِدَة الْمَذْكُورَة، إلا إذَا عُلِمَ أَنَّ الْمُنَكَّرَ كَانَ وَاقِعًا مِنْ الْمُرْتَهِنِ فِي حَضْرَة النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**إِذَا غَمَّى الرَّهْنَ فَهُوَ بِمَا فِيه**»[3] مَعْنَاهُ عَلَى مَا قَالُوا: إذَا **اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَمَا هَلَكَ: يَعْنِي إِذَا قَال الرَّاهِنُ لا أَدْرِي كَمْ كَانَ قِيمَتُهُ وَالْمُرْتَهِنُ كَذَلكَ** قَال: يَكُونُ الرَّهْنُ بِمَا فِيه، حُكِيَ هَذَا التَّأْوِيلُ عَنْ أَبِي جَعْفَر.

قَال (وَإِذَا سَلَمَهُ إليه فَقَبَضَهُ دَخَل فِي ضَمَانِه) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِه، وَلا يَسقُطُ شَيءٌ مِن الدَّينِ بِهَلاكِه لِقَولِه عَلَيه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يُغلَقُ

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٥١/٢)، والدارقطني (١٢٦).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب (١٥)، وباب ٤١٨، حديث (١).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٢/٣) رقم (١٢٣)، وانظر نصب الراية (٤٤/٥).

الرَّهنُ، قَالهَا ثَلاثَةً، لصَاحِبِهِ غُنمُهُ وَعَليهِ غُرمُهُ»قَال: وَمَعنَاهُ لا يَصِيرُ مَضمُونًا بِالدَّينِ، وَلأَنَّ الرَّهنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّينِ فَبِهَلاكِهِ لا يَسقُطُ الدَّينُ اعتِبَارًا بِهَلاكِ الصَّكِّ، وَهَذَا؛ لأَنَّ بَعدَ الوَثِيقَةِ يَزدَادُ مَعنَى الصِّيَانَةِ، وَالسُّقُوطُ بِالهَلاكِ يُضَادُّ مَا اقتَضَاهُ العَقدُ إذَا لحِقَ بِهِ يَصِيرُ بِعَرضِ الهَلاكِ وَهُوَ ضِدُّ الصِّيَانَةِ وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ للمُرتَهِنِ بَعدَ مَا نَفَقَ فَرَسُ الرَّهنِ عِندَهُ «ذَهَبَ حَقُّك»وقَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إذَا عَمَّى الرَّهنَ فَهُوَ بِمَا فِيهِ»مَعنَاهُ: عَلى مَا قَالُوا إذَا اشتَبَهَت قِيمَةُ الرَّهنِ بَعدَ مَا هَلكَ وَإِجمَاعُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ رَضِيَ اللهُ عَنهُم عَلى أَنَّ الرَّاهِنَ مَضمُونٌ مَعَ اختِلافِهِم فِي كَيفِيَّتِهِ، وَالقَولُ بِالأَمَانَةِ خَرقٌ لهُ، وَالمُرَادُ بِقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يُغلَقُ الرَّهنُ»عَلى مَا قَالُوا الاحتِبَاسُ الكُليُّ وَالتَّمَكُّنُ بِأَن يَصِيرَ مَملُوكًا لهُ كَذَا ذَكَرَ الكَرخِيُّ عَن السَّلفِ وَلأَنَّ الثَّابِتَ للمُرتَهِنِ يَدُ الاستِيفَاءِ وَهُوَ مِلكُ اليَدِ وَالحَبسِ؛ لأَنَّ الرَّهنَ يُنبِئُ عَن الحَبسِ الدَّائِمِ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وَقَال قَائِلُهُم:

وَفَارَقَتْك بِرَهنٍ لا فِكَاكَ لهُ يَومَ الوَدَاعِ فَأَمسَى الرَّهنُ قَد غَلقَا

وَالأَحكَامُ الشَّرعِيَّةُ تَنعَطِفُ عَلى الأَلفَاظِ عَلى وَفقِ الأَنبَاءِ، وَلأَنَّ الرَّهنَ وَثِيقَةٌ لجَانِبِ الاستِيفَاءِ وَهُوَ أَن تَكُونَ مُوصِلةً إليهِ وَذَلكَ ثَابِتٌ لهُ بِمِلكِ اليَدِ وَالحَبسِ ليَقَعَ الأَمنُ مِن الجُحُودِ مَخَافَةَ جُحُودِ المُرتَهِنِ الرَّهنَ، وَليَكُونَ عَاجِزًا عَن الانتِفَاعِ بِهِ فَيَتَسَارَعُ إلى قَضَاءِ الدَّينِ لحَاجَتِهِ أَو لضَجَرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يَثبُتُ الاستِيفَاءُ مِن وَجهٍ وَقَد تَقَرَّرَ بِالهَلاكِ، فَلو استَوفَاهُ ثَانِيًا يُؤَدِّي إلى الرِّبَا، بِخِلافِ حَالةِ القِيَامِ؛ لأَنَّهُ يَنقُضُ هَذَا الاستِيفَاءَ بِالرَّدِّ عَلى الرَّاهِنِ فَلا يَتَكَرَّرُ، وَلا وَجهَ إلى استِيفَاءِ البَاقِي بِدُونِهِ؛ لأَنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ، وَالاستِيفَاءُ يَقَعُ بِالمَاليَّةِ أَمَّا العَينُ فَأَمَانَةٌ حَتَّى كَانَت نَفَقَةُ المَرهُونِ عَلى الرَّاهِنِ فِي حَيَاتِهِ وَكَفَنِهِ بَعدَ مَمَاتِهِ، وَكَذَا قَبضُ الرَّهنِ لا يَنُوبُ عَن قَبضِ الشِّرَاءِ إذَا اشتَرَاهُ المُرتَهِنُ؛ لأَنَّ العَينَ أَمَانَةٌ فَلا تَنُوبُ عَن قَبضِ ضَمَانٍ، وَمُوجِبُ العَقدِ ثُبُوتُ يَدِ الاستِيفَاءِ وَهَذَا يُحَقِّقُ الصِّيَانَةَ، وَإِن كَانَ فَرَاغُ الذِّمَّةِ مِن ضَرُورَاتِهِ كَمَا فِي الحَوَالةِ فَالحَاصِلُ أَنَّ عِندَنَا حُكمَ الرَّهنِ صَيرُورَةُ الرَّهنِ مُحتَبِسًا بِدَينِهِ بِإِثبَاتِ يَدِ الاستِيفَاءِ عَليهِ وَعِندَهُ تَعَلُّقُ الدَّينِ بِالعَينِ استِيفَاءً مِنهُ عَينًا بِالبَيعِ، فَيُخَرَّجُ عَلى هَذَينِ الأَصلينِ عِدَّةٌ مِن المَسَائِل المُختَلفِ فِيهَا بَينَنَا وَبَينَهُ عَدَدنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى جُملةً: مِنهَا أَنَّ الرَّاهِنَ مَمنُوعٌ عَن الاستِردَادِ للانتِفَاعِ؛ لأَنَّهُ يَفُوتُ مُوجَبُهُ وَهُوَ الاحتِبَاسُ عَلى

الدَّوَامِ، وَعِندَهُ لا يَمنَعُ مِنهُ؛ لأَنَّهُ لا يُنَافِي مُوجِبَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ للبَيعِ وَسَيَأتِيك البَوَاقِي فِي أَثنَاءِ المَسَائِلِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مَعَ اخْتِلافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِه) يَعْنِي أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ لكِنَّهُمْ اخْتَلفُوا فِي كَيْفِيَّتِه. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ ﷺ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بالقِيمَة. وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُمَا قَالا: الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بالأَقَل مِنْ قِيمَتِه وَمِنْ الدَّيْنِ، وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْ عَليٍّ ﷺ فِي بَعْضِ الرِّوَايَات.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بالدَّيْنِ. وَاخْتِلافُهُمْ عَلى هَذَا الوَجْه إجْمَاعٌ مِنهُمْ عَلى أَنَّهُ مَضْمُونٌ، فَالقَوْلُ بكَوْنه أَمَانَةً خَرْقٌ للإجْمَاع، وَالمُرَادُ بقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا يُغْلقُ الرَّهْنُ**»عَلى مَا قَالُوا: الاحْتِبَاسُ الكُليُّ: أَيْ يَصِيرُ مَمْلُوكًا لهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ عَنْ السَّلفِ كَطَاوُوسٍ وَإِبْرَاهِيمَ وَغَيْرِهِمَا.

وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللهُ: وَتَفْسِيرُ ذَلكَ فِيمَا يُرَى أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ بالشَّيْءِ وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رَهَنَ بِه، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ للمُرْتَهِنِ إنْ جِئْتُك بحَقِّك إلى أَجَلٍ يُسَمِّيه لهُ وَإِلا فَالرَّهْنُ لك بمَا فِيه، فَهَذَا لا يَصِحُّ وَلا يَحِلُّ، وَهَذَا الذي يَنْهَى عَنْهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُك بمَا فِيه بَعْدَ الأَجَل فَهُوَ لهُ.

وَقَوْلُهُ لهُ غُنْمُهُ وَعَليْه غُرْمُهُ قَال الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الآثَارِ: ذَهَبُوا فِي تَفْسِيرِ قَوْل سَعِيد بْنِ المُسَيِّبِ يَعْنِي أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَبَا يُوسُفَ وَمُحَمَّدًا إلى أَنَّ ذَلكَ فِي البَيْعِ إذَا بِيعَ الرَّهْنُ بثَمَنٍ فِيه نَقْصٌ عَنْ الدَّيْنِ غَرِمَ الرَّاهِنُ ذَلكَ النَّقْصَ، وَإِنْ بِيعَ بفَضْلٍ عَنْ الدَّيْنِ أَخَذَ الرَّاهِنُ ذَلكَ الفَضْل. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الثَّابتَ للمُرْتَهِنِ يَدُ الاسْتِيفَاءِ) دَليلٌ مَعْقُولٌ عَلى المَطْلُوب.

وَتَقْرِيرُهُ: الثَّابتُ للمُرْتَهِنِ يَدُ الاسْتِيفَاءِ، وَيَدُ الاسْتِيفَاء هُوَ مِلكُ اليَد وَالحَبْسُ، لأَنَّ الرَّهْنَ لُغَةً يُنْبِئُ عَنْ الحَبْسِ الدَّائِمِ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ أَيْ مَحْبُوسَةٌ بوَبَال مَا اكْتَسَبَتْ مِنْ المَعَاصِي. وَقَال زُهَيْرٌ: وَفَارَقَتْك برَهْنٍ لا فكَاكَ لهُ يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلقَا أَيْ ارْتَهَنَتْ المَحْبُوبَةُ قَلبَهُ يَوْمَ الوَدَاعِ وَاحْتَبَسَ قَلبُهُ عِنْدَهَا عَلى وَجْهٍ لا يُمْكِنُ فِكَاكُهُ، وَليْسَ فِيه ضَمَانٌ وَلا هَلاكٌ كَمَا تَرَى يَدُلُّ عَلى

الحَبْسِ الدَّائِمِ. قِيل الدَّوَامُ إِنَّمَا فُهِمَ مِنْ قَوْلِه لا فِكَاكَ لهُ لا مِنْ لفْظِ الرَّهْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لمَّا دَامَ وَتَأَبَّدَ بِنَفْيِ الفِكَاكِ دَل أَنَّهُ عَنْ الدَّوَامِ، إِذْ لوْ لمْ يَكُنْ مُوجبًا لِذَلكَ لمَا دَامَ بِنفْيِ مَا يَعْتَرِضُهُ بَل كَانَ الدَّوَامُ يَثْبُتُ بِإِثْبَات مَا يُوجِبُهُ، فَثَبَتَ أَنَّ اللُّغَةَ تَدُلُّ عَلى إِنْبَاءِ الرَّهْنِ عَنْ الحَبْسِ الدَّائِمِ، وَالأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ تَنْعَطِفُ عَلى الأَلفَاظِ عَلى وَفْقِ الأَنْبَاءِ فَيَكُونُ لفْظُ الرَّهْنِ فِي العَقْدِ الشَّرْعِيِّ مُنْبِئًا عَنْ الحَبْسِ الدَّائِمِ لأَنَّهُ المَفْهُومُ وَلا مُقْتَضَى للعُدُول عَنْهُ، وَلتَكُنْ هَذِه القَضِيَّةُ عِنْدَك، وَلأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِجَانِب الاسْتِيفَاءِ، وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ مُوَصِّلا إِليْه: أَيْ إِلى الاسْتِيفَاءِ، وَذَلكَ: أَيْ كَوْنُهُ مُوَصِّلا إِليْه ثَابِتٌ بِمِلكِ اليَدِ وَالحَبْسِ لِيَقَعَ الأَمْنُ عَنْ جُحُودِ الرَّهْنِ مَخَافَةَ جُحُودِ المُرْتَهِنِ الرَّهْنَ.

وَمَعْنَاهُ: أَنَّ الحَبْسَ يُفْضِي إِلى أَدَاءِ الحَقِّ لأَنَّ الرَّاهِنَ يُخْشَى إِنْ جَحَدَ الدَّيْنَ أَنْ يَجْحَدَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ، لأَنَّ قِيمَةَ الرَّهْنِ قَدْ تَكُونُ أَكْثَرَ مِنْ الدَّيْنِ وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنْ الانْتِفَاعِ بِه فَيَحْتَاجُ إِلى إِيفَاءِ الأَقَل لِتَخْلِيصِ الأَكْثَرِ أَوْ لِضَجَرِه عَنْ المُطَالبَةِ، وَهَذِه أَيْضًا قَضِيَّةٌ تَدُلُّ عَلى اليَدِ وَالحَبْسِ فَتُضَمُّ إِليْهِمَا. قَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ) أَيْ إِذَا **ثَبَتَ أَنَّ الرَّهْنَ يَدُلُّ عَلى اليَدِ وَالحَبْسِ** ثَبَتَ الاسْتِيفَاءُ مِنْ وَجْه، لأَنَّ الاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِاليَدِ وَالرَّقَبَةِ وَقَدْ حَصَل بَعْضُهُ، وَتَقَرَّرَ بِالهَلاكِ لانْتِفَاءِ احْتِمَال النَّقْضِ، فَلوْ لمْ يَسْقُطْ الدَّيْنُ وَاسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا أَدَّى إِلى تَكْرَارِ الأَدَاءِ بِالنِّسْبَةِ إِلى اليَدِ وَهُوَ رِبًا، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّهْنُ قَائِمًا لأَنَّهُ يَنْتَقِضُ هَذَا الاسْتِيفَاءُ: أَيْ للدَّيْنِ بِالحَبْسِ بِالرَّدِّ عَلى الرَّاهِنِ فَلا يَتَكَرَّرُ الأَدَاءُ.

فَإِنْ قِيل: فَاجْعَل الهَلاكَ كَالرَّدِّ فِي نَقْضِ الاسْتِيفَاءِ فَإِنَّ الهَلاكَ لمْ يَتَعَيَّنْ لِتَقْرِيرِ الاسْتِيفَاءِ أَلا تَرَى أَنَّ **المَبِيعَ إِذَا هَلكَ قَبْل التَّسْلِيمِ** فَإِنَّهُ لا يُقَرِّرُ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ بَل يُنْقِضُ الاسْتِيفَاءُ بِه. أُجِيبَ بِأَنَّ النَّقْضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا أَمْكَنَ رَدُّ العَيْنِ إِلى المَالكِ كَالثَّمَنِ فِيمَا ذَكَرْتُمْ، وَلا يُمْكِنُ ذَلكَ فِي هَلاكِ الرَّهْنِ. فَإِنْ قِيل: فَليَسْتَوْفِ المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ عَلى وَجْه لا يُؤَدِّي إِلى الرِّبَا وَهُوَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ رَقَبَةً لا يَدًا.

أَجَابَ بِقَوْلِه وَلا وَجْهَ إِلى اسْتِيفَاءِ البَاقِي وَهُوَ مِلكُ الرَّقَبَةِ بِدُونِ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ اليَدِ لأَنَّهُ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ. وَقَوْلُهُ (وَالاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالمَالِيَّةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لوْ كَانَ بِالرَّهْنِ اسْتِيفَاءٌ لكَانَ إِمَّا لِعَيْنِ الدَّيْنِ أَوْ لِبَدَلِه، لا سَبِيل إِلى الأَوَّل لأَنَّ الرَّهْنَ ليْسَ مِنْ جِنْسِ

الدَّيْنِ، وَاسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ لا يَكُونُ إلا مِنْ جِنْسِهِ، وَلا إلى الثَّاني لأَنَّ الرَّهْنَ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ جَائِزٌ وَالاسْتِبْدَالُ بِهِمَا غَيْرُ جَائِزٍ.

وَوَجْهُ الجَوَابِ أَنَّا نَخْتَارُ الأَوَّلَ. وَقَوْلُهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ جِنْسِهِ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ أَوْ المَالِيَّةُ، وَالأَوَّلُ مُسَلَّمٌ، وَلَيْسَ الاسْتِيفَاءُ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ بَلْ هُوَ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ أَمَانَةٌ، حَتَّى كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْهُونِ عَلى الرَّاهِنِ فِي حَيَاتِهِ وَكَفَنِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ وَكَذَا **قَبْضُ الرَّهْنِ لا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الشِّرَاءِ إنْ اشْتَرَاهُ الْمُرْتَهِنُ** لِمَا تَقَدَّمَ فِي الهِبَةِ أَنَّ قَبْضَ الأَمَانَةِ لا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الضَّمَانِ بِخِلافِ العَكْسِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ مَالِيَّةٌ وَالاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِهَا.

وَقَوْلُهُ (وَمُوجَبُ العَقْدِ) جَوَابٌ عَمَّا قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الرَّهْنُ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ وَبَعْدَ الوَثِيقَةِ يَزْدَادُ مَعْنَى الصِّيَانَةِ، وَالسُّقُوطُ بِالهَلاكِ يُضَادُّ مَا اقْتَضَاهُ العَقْدُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ مُوجَبَ العَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الاسْتِيفَاءِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَذَلِكَ يُحَقِّقُ الصِّيَانَةَ لا مَحَالَةَ، وَفَرَاغُ ذِمَّةِ الرَّاهِنِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ كَمَا فِي الحَوَالَةِ فَإِنَّهَا تُوجِبُ الدَّيْنَ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِصِيَانَةِ حَقِّ الطَّالِبِ، وَإِنْ كَانَ فَرَاغُ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ فَلا يَنْعَدِمُ بِهِ مُقْتَضَى العَقْدِ لأَنَّ الاعْتِبَارَ بِالْمَوْضُوعَاتِ الأَصْلِيَّةِ لا اللَوَازِمِ الضِّمْنِيَّةِ.

وَنُوقِضَ بِنَقْضٍ إِجْمَالِيٍّ وَهُوَ أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ بَعْدَ الفَسْخِ مَحْبُوسٌ عِنْدَ الْمُسْتَأْجِرِ بِالأُجْرَةِ الْمُعَجَّلَةِ بِمَنْزِلَةِ المَرْهُونِ، حَتَّى إِذَا مَاتَ الآجِرُ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ سَائِرِ الغُرَمَاءِ ثُمَّ إِذَا هَلَكَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا، وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ بَعْدَ فَسْخِهَا لَيْسَتْ بِيَدِ اسْتِيفَاءٍ، لأَنَّ يَدَ الاسْتِيفَاءِ هِيَ الَّتِي كَانَتْ لَهُ قَبْلَ الفَسْخِ، وَإِنَّمَا قَبَضَ العَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ لاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ لا لاسْتِيفَاءِ الأُجْرَةِ مِنْ المَالِيَّةِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا بِالهَلاكِ فِي يَدِهِ.

وَأَمَّا اخْتِصَاصُهُ بِهِ دُونَ الغُرَمَاءِ فَلأَنَّهُ كَانَ مَخْصُوصًا بِهِ قَبْلَ الفَسْخِ لاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ وَبَعْدَ الفَسْخِ يَبْقَى الاخْتِصَاصُ فِي حَقِّ اسْتِرْدَادِ الأُجْرَةِ. وَقَوْلُهُ (فَالحَاصِلُ إلخ) وَاضِحٌ

قَال (وَلا يَصِحُ الرَّهنُ إلا بِدَينٍ مَضمُونٍ)؛ لأَنَّ حُكمَهُ ثُبُوتُ يَدِ الاستِيفَاءِ، وَالاستِيفَاءُ يَتلُو الوُجُوبَ قَال ﷺ: وَيَدخُلُ عَلى هَذَا اللفظِ الرَّهنُ بِالأَعيَانِ المَضمُونَةِ بِأَنفُسِهَا، فَإِنَّهُ يَصِحُ الرَّهنُ بِهَا وَلا دَينَ وَيُمكِنُ أَن يُقَال: إنَّ الوَاجِبَ الأَصليَّ فِيهَا هُوَ

الْقِيمَةُ وَرَدُّ الْعَيْنِ مُخَلِّصٌ عَلَى مَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ وَهُوَ دَيْنٌ وَلِهَذَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهَا، وَلَئِنْ كَانَ لَا يَجِبُ إلَّا بَعْدَ الْهَلَاكِ وَلَكِنَّهُ يَجِبُ عِنْدَ الْهَلَاكِ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي الْكَفَالَةِ، وَلِهَذَا لَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ الْمُقَيَّدَةُ بِهِ بِهَلَاكِهِ، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ، قَالَ (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءٌ صَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَالْفَضْلُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ بِقَدْرِ مَا يَقَعُ بِهِ الِاسْتِيفَاءُ وَذَاكَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ (وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ سَقَطَ مِنْ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ وَرَجَعَ الْمُرْتَهِنُ بِالْفَضْلِ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ بِقَدْرِ الْمَالِيَّةِ وَقَالَ زُفَرُ: الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَقِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ وَالدَّيْنُ أَلْفٌ رَجَعَ الرَّاهِنُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بِخَمْسِمِائَةٍ لَهُ حَدِيثُ عَلِيٍّ ﷺ قَالَ " يَتَرَادَّانِ الْفَضْلَ فِي الرَّهْنِ " وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الدَّيْنِ مَرْهُونَةٌ لِكَوْنِهَا مَحْبُوسَةً بِهِ فَتَكُونُ مَضْمُونَةً اعْتِبَارًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَبْدِ اللَّهِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا تُوجِبُ الضَّمَانَ إلَّا بِالْقَدْرِ الْمُسْتَوْفِي كَمَا فِي حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالزِّيَادَةُ مَرْهُونَةٌ بِهِ ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الْأَصْلِ بِدُونِهَا وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَالْمُرَادُ بِالتَّرَادِّ فِيمَا يُرْوَى حَالَةَ الْبَيْعِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: الْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الْفَضْلِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ إلخ) قِيلَ ذَكَرَ " مَضْمُون " لِلتَّأْكِيدِ لِأَنَّ كُلَّ دَيْنٍ مَضْمُونٌ، وَقِيلَ هُوَ احْتِرَازٌ عَنْ دَيْنٍ سَيَجِبُ كَمَا لَوْ رَهَنَ بِالدَّرْكِ وَهُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ، لِأَنَّ حُكْمَهُ: أَيْ حُكْمَ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ كَمَا تَقَدَّمَ وَالِاسْتِيفَاءُ يَتْلُو الْوُجُوبَ، وَأَمَّا صِحَّتُهُ بِالدَّيْنِ الْمَوْعُودِ فَسَيَجِيءُ الْكَلَامُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَيَدْخُلُ) أَيْ يُشْكِلُ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ أَيْ الَّذِي يَدُلُّ عَلَى الْحَصْرِ صِحَّةُ جَوَازِ الرَّهْنِ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِأَنْفُسِهَا كَالْمَغْصُوبِ وَالْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَقِيلَ قَوْلُهُ بِأَنْفُسِهَا احْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِهَا. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الرَّهْنَ إمَّا أَنْ يَكُونَ بِالدَّيْنِ أَوْ بِالْعَيْنِ، وَالْأَوَّلُ صَحِيحٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَالثَّانِي إمَّا أَنْ يَكُونَ بِعَيْنٍ مَضْمُونٍ أَوْ لَا، وَالثَّانِي غَيْرُ صَحِيحٍ كَمَا فِي الْوَدَائِعِ وَالْعَوَارِيِّ وَالْمُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ، وَالْأَوَّلُ إمَّا أَنْ تَكُونَ

بِنَفْسِهَا وَهُوَ مَا يَجِبُ عِنْدَ هَلاكِهِ المِثْلُ إنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيمَتُهُ إنْ كَانَ قِيَمِيًّا، أَوْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِغَيْرِهَا وَهُوَ المَضْمُونُ بِغَيْرِ المِثْلِ أَوْ القِيمَةِ كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ.

وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ فَقَوْلُهُ وَلا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ يُشْكِلُ عَلَيْهِ الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ بِنَفْسِهَا، فَإِنَّ الرَّهْنَ بِهَا صَحِيحٌ وَلا دَيْنَ ثَمَّةَ. وَأَجَابَ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَال عَلَى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ أَنَّ المُوجِبَ الأَصْلِيَّ فِيهَا هُوَ القِيمَةُ، وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِصٌ وَالقِيمَةُ دَيْنٌ (وَلِهَذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهَا) أَيْ بِالعَيْنِ المَضْمُونِ بِنَفْسِهِ، وَقَوْلُهُ (وَلَئِنْ كَانَ لا يَجِبُ القِيمَةُ إلا بَعْدَ هَلاكِ العَيْنِ لَكِنْ عِنْدَ الهَلاكِ يَجِبُ بِالقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِ الغَاصِبِ المَغْصُوبَ مِنْ المَالِكِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِهِ) جَوَابٌ عَمَّا اخْتَارَهُ بَعْضٌ آخَرُ مِنْ المَشَايِخِ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ سَبَبَ وُجُوبِهِ قَدْ انْعَقَدَ فَكَانَ كَالمَوْجُودِ فَصَحَّ الرَّهْنُ كَمَا صَحَّتْ الكَفَالةُ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ صِحَّةَ الكَفَالةِ لا تَسْتَلْزِمُ صِحَّةَ الرَّهْنِ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِدَيْنٍ سَيَجِبُ كَمَا لوْ قَال مَا ذَابَ لك عَلى فُلانٍ فَعَليَّ دُونَ الرَّهْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ مَا ذَابَ لك إضَافَةٌ للكَفَالةِ لا كَفَالةٌ، وَيَصِحُّ أَنْ يُقَال قَوْلُك دُونَ الرَّهْنِ يُرِيدُ بِهِ دَيْنًا مَا انْعَقَدَ سَبَبُ وُجُوبِهِ أَوْ دَيْنًا انْعَقَدَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَليْسَ كَلامُنَا فِيهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ عَيْنُ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا عَلى كُلٍّ مِنْ التَّخْرِيجَيْنِ. أَمَّا عَلى الأَوَّل فَتَقْرِيرُهُ وَلِكَوْنِ المُوجَبِ الأَصْلِيِّ فِيهَا القِيمَةَ لا تُبْطِلُ الحَوَالةَ المُقَيَّدَةَ بِالعَيْنِ المَضْمُونِ بِنَفْسِهِ بِهَلاكِهِ، فَلوْ أَحَال عَلى الغَاصِبِ فَهَلكَ المَغْصُوبُ لمْ تَبْطُل الحَوَالةُ لأَنَّ المُوجِبَ الأَصْلِيَّ لمَّا كَانَ هَلاكُ العَيْنِ كَلا هَلاكَ لِقِيَامِ القِيمَةِ فِي ذِمَّتِهِ، وَرَدُّ العَيْنِ كَانَ مُخَلِصًا وَلمْ يَحْصُل. وَأَمَّا عَلى الثَّانِي فَتَقْرِيرُهُ وَلِكَوْنِ سَبَبِ وُجُوبِ القِيمَةِ قَدْ انْعَقَدَ جُعِلتْ كَالمَوْجُودِ فَبِهَلاكِ العَيْنِ لا تَبْطُلُ الحَوَالةُ، بِخِلافِ الوَدِيعَةِ فَإِنَّ الحَوَالةَ عَليْهَا لا تَبْطُلُ بِهَلاكِهَا لأَنَّهُ لا وُجُوبَ هُنَاكَ للقِيمَةِ وَلا سَبَبَ للوُجُوبِ.

قَال (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالأَقَل مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ إلخ) الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالأَقَل أَيْ بِمَا هُوَ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ يَوْمَ القَبْضِ وَمِنْ الدَّيْنِ، وَوَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ القُدُورِيِّ: بِأَقَل

مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّ مَعْنَى الْمُعَرَّفِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا وَمَعْنَى الْمُنَكَّرِ ثَالِثٌ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (يَتَرَادَّانِ الفَضْلَ) يَعْنِي أَنَّ التَّرَادَّ إِنَّمَا يَكُونُ مِنْ الجَانِبَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي حَقِيقَةِ الاسْتِيفَاءِ) مِثْلُ مَا إِذَا أَوْفَاهُ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ فِي كِيسٍ وَحَقُّهُ فِي أَلْفٍ فَإِنَّهُ يَصِيرُ ضَامِنًا قَدْرَ الدَّيْنِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ أَمَانَةٌ فَكَذَا هَذَا.

وَقَوْلُهُ (ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الأَصْلِ بِدُونِهَا) لِأَنَّا لَوْ لَمْ نَجْعَلِ الزِّيَادَةَ مَرْهُونَةً أَدَّى إِلَى الشُّيُوعِ أَوْ لِعَدَمِ انْفِكَاكِهَا عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ) لِأَنَّ بَقَاءَ الرَّهْنِ مَعَ عَدَمِ الضَّمَانِ مُمْكِنٌ بِأَنْ اسْتَعَارَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ مِنْ الْمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ الرَّهْنَ بَاقٍ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ كَمَا سَيَجِيءُ.

وَقَوْلُهُ (وَالْمُرَادُ بِالتَّرَادِّ فِيمَا رُوِيَ حَالَةُ البَيْعِ) يَعْنِي تَوْفِيقًا بَيْنَ حَدِيثَيْ عَلِيٍّ ﷺ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ «**الْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الفَضْلِ**» فَيَجِبُ حَمْلُ الأَوَّلِ عَلَى حَالَةِ البَيْعِ: يَعْنِي إِذَا بَاعَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ يَرُدُّ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ زَائِدًا يَرُدُّ الرَّاهِنُ زِيَادَةَ الدَّيْنِ.

قَالَ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَيْنِهِ وَيَحْبِسَهُ بِهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ بَعْدَ الرَّهْنِ وَالرَّهْنُ لِزِيَادَةِ الصِّيَانَةِ فَلَا تَمْتَنِعُ بِهِ الْمُطَالَبَةُ، وَالْحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ، فَإِذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ عِنْدَ القَاضِي يَحْبِسُهُ كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَى التَّفْصِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَإِذَا طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ دَيْنَهُ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ مَالَهُ مَعَ قِيَامِ يَدِ الاسْتِيفَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ الاسْتِيفَاءُ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلَاكِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَهُوَ مُحْتَمَلٌ (وَإِذَا أَحْضَرَ أَمَرَ الرَّاهِنَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ أَوَّلًا) لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الرَّاهِنِ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ كَمَا فِي تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ يُحْضِرُ الْمَبِيعَ ثُمَّ يُسَلِّمُ الثَّمَنَ أَوَّلًا (وَإِنْ طَالَبَهُ بِالدَّيْنِ فِي غَيْرِ البَلَدِ الَّذِي وَقَعَ العَقْدُ فِيهِ، إِنْ كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا لَا حَمْلَ لَهُ وَلَا مُؤْنَةَ، فَكَذَلِكَ الجَوَابُ)؛ لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا فِي حَقِّ التَّسْلِيمِ كَمَكَانٍ وَاحِدٍ فِيمَا لَيْسَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ فِيهِ فِي بَابِ السَّلَمِ بِالإِجْمَاعِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يَسْتَوْفِي دَيْنَهُ وَلَا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْلٌ، وَالوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ، لَا النَّقْلُ مِنْ مَكَانٍ إِلَى مَكَانٍ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ. (وَلَوْ سَلَّطَ الرَّاهِنُ العَدْلَ عَلَى بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبَاعَهُ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ جَازَ) لِإِطْلَاقِ

الأمر (فلو طالبَ المُرتَهِنُ بالدَّينِ لا يُكلفُ المُرتَهِنُ إحضارَ الرَّهنِ)؛ لأنَّهُ لا قُدرَةَ لهُ على الإحضَارِ (وَكذَا إذَا أمَرَ المُرتَهِنُ بِبيعِهِ فَبَاعَهُ ولم يَقبِض الثَّمَنَ)؛ لأنَّهُ صَارَ دَينًا بالبَيعِ بِأمرِ الرَّاهِنِ، فَصَارَ كَأنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَينٌ (وَلو قَبَضَهُ يُكلفُ إحضَارَهُ لقِيَامِ البَدَلِ مَقَامَ المُبدَلِ)؛ لأنَّ الذي يَتَولى قَبضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرتَهِنُ؛ لأنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَرجِعُ الحُقُوقُ إليهِ، وَكَمَا يُكلفُ إحضَارَ الرَّهنِ لاستِيفَاءِ كُل الدَّينِ يُكلفُ لاستِيفَاءِ نَجمٍ قَد حَل لاحتِمَال الهَلاكِ، ثُمَّ إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ يُؤمَرُ بِإحضَارِهِ لاستِيفَاءِ الدَّينِ لقِيَامِهِ مَقَامَ العَينِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا قَتَل رَجُلٌ العَبدَ الرَّهنَ خَطأً حَتَّى قَضَى بِهِ بِالقِيمَةِ عَلى عَاقِلتِهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ لم يُجبَر الرَّاهِنُ عَلى قَضَاءِ الدَّينِ حَتَّى يُحضِرَ كُل القِيمَةِ؛ لأنَّ القِيمَةَ خَلفٌ عَن الرَّهنِ فَلا بُدَّ مِن إحضَارِ كُلهَا كَمَا لا بُدَّ مِن إحضَارِ كُل عَينِ الرَّهنِ وَمَا صَارَت قِيمَةً بِفِعلِهِ، وَفِيمَا تَقَدَّمَ صَارَ دَينًا بِفِعل الرَّاهِنِ فَلهَذَا افتَرَقَا (وَلو وَضَعَ الرَّهنَ عَلى يَدِ العَدل وَأمِرَ أن يُودِعَهُ غَيرَهُ فَفَعَل ثُمَّ جَاءَ المُرتَهِنُ يَطلُبُ دَينَهُ لا يُكلفُ إحضَارَ الرَّهنِ)؛ لأنَّهُ لم يُؤتَمَن عَليهِ حَيثُ وُضِعَ عَلى يَدِ غَيرِهِ فَلم يَكُن تَسليمُهُ فِي قُدرَتِهِ (وَلو وَضَعَهُ العَدلُ فِي يَدِ مَن فِي عِيَالهِ وَغَابَ وَطَلبَ المُرتَهِنُ دَينَهُ وَالذي فِي يَدِهِ يَقُولُ أودَعَنِي فُلانٌ وَلا أدرِي لمَن هُوَ يُجبَرُ الرَّاهِنُ عَلى قَضَاءِ الدَّينِ)؛ لأنَّ إحضَارَ الرَّهنِ ليسَ عَلى المُرتَهِنِ؛ لأنَّهُ لم يَقبِض شَيئًا. (وَكَذَلكَ إذَا غَابَ العَدلُ بِالرَّهنِ وَلا يُدرَى أينَ هُوَ) لمَا قُلنَا (وَلو أنَّ الذِي أودَعَهُ العَدلُ جَحَدَ الرَّهنَ وَقَال هُوَ مَاليٌ لم يَرجِع المُرتَهِنُ عَلى الرَّاهِنِ بِشَيءٍ حَتَّى يَثبُتَ كَونُهُ رَهنًا)؛ لأنَّهُ لمَّا جَحَدَ الرَّهنَ فَقَد تَوَى المَالُ وَالتَوَى عَلى المُرتَهِنِ فَيَتَحَقَّقُ استِيفَاءُ الدَّينِ وَلا يَملكُ المُطَالبَةَ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلى التَّفْصِيل فِيمَا تَقَدَّمَ) يَعْنِي فِي فَصْل الحَبْسِ مِنْ أَدَبِ القَاضِي. وَقَوْلُهُ (**وَإِذَا طَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (تَحْقِيقًا للتَّسْوِيَة) قِيل لأَنَّ الرَّهْنَ وَإِنْ كَانَ لاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ بِحُكْمِ الوَضْعِ لكِنْ فِيه شُبْهَةُ المُبَادَلة، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ اسْتِيفَاءٌ لحَقِّه قُلنَا بِأَنَّ قَبْضَ الدَّيْنِ لا يَتَوَقَّفُ عَلى إِحْضَارِ الرَّهْنِ فَلمْ يَجِبْ عَلى المُرْتَهِنِ تَسْليمُهُ، وَبِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ المُبَادَلة يَتَوَقَّفُ قَبْضُ الدَّيْنِ عَلى إِحْضَارِ الرَّهْنِ عِنْدَ وُجُوبِ تَسْليمِه.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَتضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلتَزِمْهُ) يَعْنِي المُرْتَهِنَ، وَلَمْ يُعْتَبَرْ هُنَاكَ احْتِمَالُ تَكْرَارِ الاسْتِيفَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلاكِ لأَنَّهُ مَوْهُومٌ، فَلا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ ضَرَرٍ مُتَيَقَّنٍ وَهُوَ تَأَخُّرُ حَقِّ المُرْتَهِنِ، بِخِلافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (لإِطْلاقِ الأَمْرِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَهُ بِالنَّقْدِ لا يَصِحُّ بَيْعُهُ نَسِيئَةً. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لا قُدْرَةَ لهُ عَلَى الإِحْضَارِ) لأَنَّ الرَّهْنَ بَيْعٌ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ فَلَمْ يَبْقَ لهُ قُدْرَةٌ عَلَى إِحْضَارِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَمَرَ المُرْتَهِنُ) يَعْنِي لا يُكَلفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ، لأَنَّهُ: أَيْ الرَّهْنَ صَارَ دَيْنًا بِالبَيْعِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ، فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ، لأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بِإِذْنِهِ صَارَ كَأَنَّهُمَا تَفَاسَخَا الرَّهْنَ وَصَارَ الثَّمَنُ رَهْنًا بِتَرَاضِيهِمَا ابْتِدَاءً لا بِطَرِيقِ انْتِقَالِ حُكْمِ الرَّهْنِ إِلَى الثَّمَنِ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ **الرَّهْنَ بِأَقَلَ مِنْ الدَّيْنِ** لَمْ يَسْقُطْ مِنْ دَيْنِ المُرْتَهِنِ شَيْءٌ فَصَارَ كَأَنَّهُ رَهَنَهُ وَلَمْ يُسَلمْ إِلَيْهِ بَل وَضَعَهُ عَلى يَدِ عَدْلٍ.

وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّ الذِي يَتَوَلى قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرْتَهِنُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ الأَمْرُ كَذَلِكَ لَمَا كَانَ لِلمُرْتَهِنِ أَنْ يَقْبِضَ الثَّمَنَ مِنْ المُشْتَرِي كَمَا لَوْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِ عَدْلٍ لكِنْ لهُ ذَلِكَ. وَوَجْهُ مَا ذُكِرَ أَنَّ وِلايَةَ القَبْضِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ عَاقِدًا وَالحُقُوقُ تَرْجِعُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (وَكَمَا يُكَلفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ لاسْتِيفَاءِ الكُل يُكَلفُ لاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ) قِيل إِذَا **ادَّعَى الرَّاهِنُ هَلاكَ الرَّهْنِ**، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَدَّعِ فَلا حَاجَةَ إِلَى ذَلكَ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ لاحْتِمَالِ الهَلاكِ.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا قَبَضَ الثَّمَنَ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ الرَّهْنَ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَإِذَا قَبَضَهُ وَجَبَ إِحْضَارُهُ لاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا قَتَل) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا **أَمَرَ المُرْتَهِنُ بِبَيْعِهِ إِلَى آخِرِهِ**، فَإِنَّهُ لا يُجْبَرُ المُرْتَهِنُ عَلَى الإِحْضَارِ، بَل يُجْبَرُ عَلَى الأَدَاءِ بِدُونِ إِحْضَارِ شَيْءٍ بِخِلافِ مَا إِذَا **قَتَل رَجُلٌ عَبْدَ الرَّهْنِ خَطَأً حَتَّى قُضِيَ بِالقِيمَةِ عَلَى عَاقِلتِهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ**. فَإِنَّ الرَّاهِنَ لا يُجْبَرُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّى يُحْضِرَ المُرْتَهِنُ كُل القِيمَةِ، لأَنَّ القِيمَةَ خَلفٌ عَنْ العَيْنِ فَلا بُدَّ مِنْ إِحْضَارِ كُلِهَا كَمَا لا بُدَّ مِنْ إِحْضَارِ كُل عَيْنِ الرَّهْنِ.

فَإِنْ قِيل: لَمَ لا تَكُونُ القِيمَةُ هَاهُنَا كَالثَّمَنِ ثَمَّةَ وَهِيَ لَيْسَتْ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ فَيُجْبَرُ

الرَّاهِنُ عَلَى الْقَضَاءِ كَمَا كَانَ ثَمَّةَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَمَا صَارَتْ قِيمَةً بِفِعْلِهِ حَتَّى تَنْتَقِلَ إِلَيْهَا الرَّهِينَةُ فَصَارَ كَالرَّهْنِ فِي يَدِ عَدْلٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الرَّهْنَ صَارَ دَيْنًا بِفِعْلِهِ فَكَأَنَّهُمَا تَفَاسَخَا، وَجُعِلَ الثَّمَنُ رَهْنًا ابْتِدَاءً كَمَا مَرَّ فَافْتَرَقَا. وَفِي النِّهَايَةِ جَعَلَ قَوْلَهُ وَهَذَا إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ، وَوَجْهُهُ هَكَذَا: أَيْ فِي مَسْأَلَةِ الْقَتْلِ لَمْ يُجْبَرْ الرَّاهِنُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّى يُحْضِرَ الْمُرْتَهِنُ كُلَّ الْقِيمَةِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ بِخِلَافِهِ حَيْثُ يُكَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ عِنْدَ كُلِّ نَجْمٍ يُؤَدِّيهِ الرَّاهِنُ مِنْ الدَّيْنِ وَهُوَ كَمَا تَرَى مُتَعَسِّفٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا.

قَالَ (وَإِن كَانَ الرَّهنُ فِي يَدِهِ لَيسَ عَلَيهِ أَن يُمَكِّنَهُ مِن البَيعِ حَتَّى يَقضِيَهُ الدَّينَ)؛ لِأَنَّ حُكمَهُ الحَبسُ الدَّائِمُ إِلَى أَن يَقضِيَ الدَّينَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَو قَضَاهُ البَعضَ فَلَهُ أَن يَحبِسَ كُلَّ الرَّهنِ حَتَّى يَستَوفِيَ البَقِيَّةَ) اعتِبَارًا بِحَبسِ المَبِيعِ (فَإِذَا قَضَاهُ الدَّينَ قِيلَ لَهُ سَلِّم الرَّهنَ إِلَيهِ)؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِن التَّسلِيمِ لِوُصُولِ الحَقِّ إِلَى مُستَحِقِّهِ (فَلَو هَلَكَ قَبلَ التَّسلِيمِ استَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُستَوفِيًا عِندَ الهَلَاكِ بِالقَبضِ السَّابِقِ، فَكَانَ الثَّانِي استِيفَاءً بَعدَ استِيفَاءٍ فَيَجِبُ رَدُّهُ (وَكَذَلِكَ لَو تَفَاسَخَا الرَّهنَ لَهُ حَبسُهُ مَا لَم يَقبِض الدَّينَ أَو يُبرِئهُ، وَلَا يَبطُلُ الرَّهنُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى وَجهِ الفَسخِ)؛ لِأَنَّهُ يَبقَى مَضمُونًا مَا بَقِيَ القَبضُ وَالدَّينُ (وَلَو هَلَكَ فِي يَدِهِ سَقَطَ الدَّينُ إِذَا كَانَ بِهِ وَفَاءٌ بِالدَّينِ) لِبَقَاءِ الرَّهنِ (وَلَيسَ لِلمُرتَهِنِ أَن يَنتَفِعَ بِالرَّهنِ لَا بِاستِخدَامٍ، وَلَا بِسُكنَى وَلَا لُبسٍ، إِلَّا أَن يَأذَنَ لَهُ المَالِكُ)؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الحَبسِ دُونَ الانتِفَاعِ (وَلَيسَ لَهُ أَن يَبِيعَ إِلَّا بِتَسلِيطٍ مِن الرَّاهِنِ، وَلَيسَ لَهُ أَن يُؤَاجِرَ وَيُعِيرَ)؛ لِأَنَّهُ لَيسَ لَهُ وِلَايَةُ الانتِفَاعِ بِنَفسِهِ فَلَا يَملِكُ تَسلِيطَ غَيرِهِ عَلَيهِ، فَإِن فَعَلَ كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَلَا يَبطُلُ عَقدُ الرَّهنِ بِالتَّعَدِّي.

الشرح:

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ إلخ) **إِذَا كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُمَكِّنَ الرَّاهِنَ مِنْ بَيْعِهِ وَأَنْ لَا يُمَكِّنَ**، لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَذَلِكَ حَقُّهُ فَلَهُ إِسْقَاطُهُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (فَلَوْ هَلَكَ) **أَيْ الرَّهْنُ** (**قَبْلَ الرَّدِّ** اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ) لِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، وَطُولِبَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا **ارْتَهَنَ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَبَضَهُ**

وَقِيمَتُهُ مِثْلُ الدَّيْنِ ثُمَّ وَهَبَ الْمُرْتَهِنُ الْمَالَ لِلرَّاهِنِ أَوْ أَبْرَأَهُ وَلَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ الرَّهْنَ حَتَّى هَلَكَ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَمْنَعَهُ إيَّاهُ فَإِنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَيْهِ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ ثَبَتَتْ يَدُ الاسْتِيفَاءِ لِلْمُرْتَهِنِ بِقَبْضِهِ السَّابِقِ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالْهَلاكِ فَصَيْرُورَتُهُ مُسْتَوْفِيًا بِهَلاكِ الرَّهْنِ بَعْدَ الإِبْرَاءِ بِمَنْزِلَةِ اسْتِيفَائِهِ حَقِيقَةً، وَفِي الاسْتِيفَاءِ حَقِيقَةً بَعْدَ الإِبْرَاءِ يَرُدُّ الْمُسْتَوْفِي فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَاهُنَا كَذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الرَّهْنَ عَقْدُ اسْتِيفَاءٍ بِالْيَدِ وَالْحَبْسِ كَمَا تَقَدَّمَ وَذَلِكَ الاسْتِيفَاءُ يَتَقَرَّرُ بِالْهَلاكِ مُسْتَنِدًا إلى وَقْتِ الْقَبْضِ، فَالْقَضَاءُ بَعْدَ الْهَلاكِ اسْتِيفَاءٌ بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ فَيَجِبُ الرَّدُّ. وَأَمَّا الإِبْرَاءُ فَلَيْسَ فِيهِ اسْتِيفَاءُ شَيْءٍ لِيَجِبَ رَدُّهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إسْقَاطٌ، وَإِسْقَاطُ الدَّيْنِ مِمَّنْ لَيْسَ عَلَيْهِ لَغْوٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى وَجْهِ الْفَسْخِ) احْتِرَازٌ عَمَّا إذَا رَدَّهُ عَلَى وَجْهِ الْعَارِيَّةِ فَإِنَّهُ لا يُبْطِلُ الرَّهْنَ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ الرَّهْنَ (يَبْقَى مَضْمُونًا مَا دَامَ الْقَبْضُ وَالدَّيْنُ بَاقِيًا) أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّ الرَّهْنَ سَقَطَ الضَّمَانُ لِفَوَاتِ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بَاقِيًا، وَإِذَا أَبْرَأَهُ عَنْ الدَّيْنِ سَقَطَ الضَّمَانُ وَإِنْ كَانَ الْقَبْضُ بَاقِيًا، لأَنَّ الْعِلَّةَ إذَا كَانَتْ ذَاتَ وَصْفَيْنِ يَعْدَمُ الْحُكْمُ بِعَدَمِ أَحَدِهِمَا. فَإِنْ قِيلَ: فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَبْقَى مَضْمُونًا بَعْدَ قَبْضِ الدَّيْنِ إذَا هَلَكَ الرَّهْنُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ كَمَا مَرَّ فَكَانَ الْكَلامُ مُتَنَاقِضًا. أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ احْتِمَالِ الْحَبْسِ بِاحْتِمَالِ اسْتِحْقَاقِ الْمُؤَدَّى يُوجِبُ بَقَاءَ الضَّمَانِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الاحْتِمَالَ لا يُوجِبُ التَّحْقِيقَ لا سِيَّمَا إذَا لَمْ يَنْشَأْ عَنْ دَلِيلٍ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ). يَعْنِي إذَا حَبَسَهُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ فَهَلَكَ سَقَطَ الدَّيْنُ إذَا كَانَ بِهِ وَفَاءٌ بِالدَّيْنِ لِبَقَاءِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ) مَعْنَاهُ انْتِفَاءُ جَوَازِ **الانْتِفَاعِ بِالرَّهْنِ وَالإِنْفَاعِ بِهِ.**

قَالَ (وَلِلْمُرتَهِنِ أَن يَحفَظَ الرَّهنَ بِنَفسِهِ وَزَوجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الذي فِي عِيَالِهِ) قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: مَعنَاهُ أَن يَكُونَ الوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيضًا، وَهَذَا؛ لأَنَّ عَينَهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالوَدِيعَةِ (وَإِن حَفِظَهُ بِغَيرِ مَن فِي عِيَالِهِ أَو أَودَعَهُ ضَمِنَ) هَل يَضمَنُ الثَّانِي فَهُوَ عَلَى الخِلافِ، وَقَد بَيَّنَّا جَمِيعَ ذَلِكَ بِدَلائِلِهِ فِي الوَدِيعَةِ (وَإِذَا تَعَدَّى المُرتَهِنُ فِي الرَّهنِ ضَمِنَهُ ضَمَانَ الغَصبِ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ)؛ لأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى مِقدَارِ الدَّينِ أَمَانَةٌ، وَالأَمَانَاتُ تُضمَنُ بِالتَّعَدِّي (وَلَو رَهَنَهُ خَاتَمًا فَجَعَلَهُ فِي خِنصِرِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ)؛ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ

بالاستعمال؛ لأنَّهُ غيرُ مأذونٍ فيه، وإنَّما الإذنُ بالحفظِ واليُمنَى واليُسرَى في ذلكَ سواءٌ؛ لأنَّ العادَةَ فيهِ مُختلفةٌ (ولو جعلَهُ في بَقيَّةِ الأصابعِ كانَ رهنًا بما فيه)؛ لأنَّهُ لا يُلبسُ كذلكَ عادةً فكانَ من بابِ الحفظِ، وكذا الطَّيلسانُ إن لبِسَهُ لُبسًا مُعتادًا ضَمِنَ، وإن وضَعَهُ على عاتِقِه لم يَضمَن (ولو رهنَهُ سَيفين أو ثلاثةً فتقلدَها لم يضمن في الثَّلاثةِ وضَمِنَ في السَّيفَين)؛ لأنَّ العادَةَ جرَت بينَ الشُّجعانِ بتقلُّدِ السَّيفينِ في الحربِ ولم تَجرِ بتقلُّدِ الثَّلاثةِ، وإن لبِسَ خاتمًا فوقَ خاتَمٍ، إن كانَ هُوَ ممَّن يتجمَّلُ بلُبسِ خاتَمينِ ضَمِنَ، وإن كانَ لا يتجمَّلُ بذلكَ فهُوَ حافِظٌ فلا يضمَنُ.

الشرح:

قَال (وَللمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بنَفْسه إلخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ وَالعِبْرَةُ فِي العِيَال للمُسَاكَنَة لا للنَّفَقَة، أَلا تَرَى أَنَّ المَرْأَةَ إذَا ارْتَهَنَتْ وَسَلمَتْ الرَّهْنَ إلى الزَّوْجِ لَمْ يَضْمَنْ، وَالابْنُ الكَبيرُ الذي لا يَكُونُ فِي نَفَقَته إذَا سَاكَنَ الأَبَ وَخَرَجَ الأَبُ عَنْ المَنْزل وَتَرَكَ المَنْزل عَلى الابْن لَمْ يَضْمَنْ.

قال (وأجرةُ البيتِ الذي يُحفَظُ فيهِ الرَّهنُ على المُرتهنِ وكذلكَ أجرةُ الحافظِ وأجرةُ الرَّاعي ونفقةُ الرَّهنِ على الرَّاهنِ) والأصلُ أنَّ ما يُحتاجُ إليهِ لمَصلحةِ الرَّهنِ وتَبقيتِه فهُوَ على الرَّاهنِ سواءٌ كانَ في الرَّهنِ فضلٌ أو لم يكُن؛ لأنَّ العينَ باقٍ على مِلكِه، وكذلكَ منافِعُهُ مملوكةٌ لهُ فيكُونُ إصلاحُهُ وتَبقيَتُهُ عليهِ لمَا أنَّهُ مؤنةُ مِلكِه كما في الوَديعةِ، وذلكَ مثلُ النَّفقةِ في مأكلِه ومَشربِه، وأجرةُ الرَّاعي في معناهُ؛ لأنَّهُ علفُ الحيَوانِ، ومِن هذا الجِنسِ كِسوةُ الرَّقيقِ وأجرةُ ظِئرِ ولدِ الرَّهنِ، وسَقيُ البُستانِ، وكَريُ النَّهرِ وتَلقيحُ نَخيلِه وجُذاذُهُ، والقِيامُ بمَصالحِه، وكُلُّ ما كانَ لحِفظِه أو لرَدِّه إلى يَدِ المُرتَهنِ أو لرَدِّ جُزءٍ منهُ فهُوَ على المُرتَهنِ مثلُ أجرةِ الحافظِ؛ لأنَّ الإمساكَ حقٌّ لهُ والحِفظُ واجِبٌ عليهِ فيكُونُ بدَلُهُ عليه، وكذلكَ أجرةُ البيتِ الذي يُحفظُ الرَّهنُ فيه، وهذا في ظاهرِ الرِّوايةِ وعن أبي يُوسُفَ أنَّ كِراءَ المأوَى على الرَّاهنِ بمنزلةِ النَّفقةِ؛ لأنَّهُ سعَى في تبقيَتِه، ومِن هذا القِسمِ جُعلُ الآبِقِ فإنَّهُ على المُرتَهنِ؛ لأنَّهُ مُحتاجٌ إلى إعادةِ الاستيفاءِ التي كانَت لهُ ليَرُدَّهُ فكانَت مؤنةُ الرَّدِّ فيلزَمُهُ، وهذا إذا كانَت قيمةُ الرَّهنِ والدَّينِ سواءً، وإن كانَت قيمةُ الرَّهنِ أكثرَ فعليهِ بقدرِ المَضمونِ وعلى الرَّاهنِ بقدرِ

الزِّيَادَةِ عليه؛ لأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَالرَّدُّ لإِعَادَةِ اليَدِ، وَيَدُهُ فِي الزِّيَادَةِ يَدُ المَالِكِ إذ هُوَ كَالمودعِ فِيهَا فَلهَذَا يَكُونُ عَلى المَالكِ، وَهَذَا بِخِلافِ أُجرَةِ البَيتِ الذي ذَكَرنَاهُ فَإِنَّ كُلهَا تَجِبُ عَلى المُرتَهِنِ، وَإِن كَانَ فِي قِيمَةِ الرَّهنِ فَضلٌ؛ لأَنَّ وُجُوبَ ذَلكَ بِسَبَبِ الحَبسِ، وَحَقُّ الحَبسِ فِي الكُل ثَابِتٌ لهُ فَأَمَّا الجُعلُ إِنَّمَا يَلزَمُهُ لأَجل الضَّمَانِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِ المَضمُونِ وَمُدَاوَاةُ الجِرَاحَةِ وَالقُرُوحِ وَمُعَالجَةُ الأَمرَاضِ وَالفِدَاءُ مِن الجِنَايَةِ تَنقَسِمُ عَلى المَضمُونِ وَالأَمَانَةِ، وَالخَرَاجُ عَلى الرَّاهِنِ خَاصَّةً؛ لأَنَّهُ مِن مُؤَنِ المِلكِ، وَالعُشرُ فِيمَا يَخرُجُ مُقَدَّمٌ عَلى حَقِّ المُرتَهِنِ لتَعَلُّقِهِ بِالعَينِ وَلا يَبطُلُ الرَّهنُ فِي البَاقِي؛ لأَنَّ وُجُوبَهُ لا يُنَافِي مِلكَهُ، بِخِلافِ الاستِحقَاقِ، وَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلى صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَمَا أَنفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلى الآخَرِ بِأَمرِ القَاضِي رَجَعَ عَليهِ كَأَنَّ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ؛ لأَنَّ وِلايَةَ القَاضِي عَامَّةٌ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَرجِعُ إذَا كَانَ صَاحِبُهُ حَاضِراً وَإِن كَانَ بِأَمرِ القَاضِي وَقَال أَبُو يُوسُفَ إِنَّهُ يَرجِعُ فِي الوَجهَينِ، وَهِيَ فَرعُ مَسأَلةِ الحَجرِ، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

قَال (**وَأُجْرَةُ الرَّاعِي وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ** عَلى الرَّاهِنِ) فَإِنْ أَبَى فَالقَاضِي يَأْمُرُ المُرْتَهِنَ بِأَنْ يُنْفِقَ عَلَيْه، فَإِذَا قَضَى الدَّيْنَ فَللمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْبسَ الرَّهْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ النَّفَقَةَ، وَإِنْ هَلكَ الرَّهْنُ بَعْدَ ذَلكَ لا شَيْءَ عَلى الرَّاهِنِ فِي قَوْل زُفَرَ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: النَّفَقَةُ دَيْنٌ عَلى الرَّاهِنِ، وَالأَصْلُ المَذْكُورُ فِي الكِتَاب وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ مَا كَانَ لحفْظِه أَوْ لرَدِّه إلى يَدِ المُرْتَهِنِ) كَجُعْل الآبِقِ (أَوْ لرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ) كَمُدَاوَاة الجرَاحِ. وَقَوْلُهُ (وَالحفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْه فَيَكُونُ بَدَلُهُ عَلَيْه) قَال فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: لوْ **شَرَطَ الرَّاهِنُ للمُرْتَهِنِ شَيْئًا عَلى الحفْظ** لا يَصِحُّ بخلاف الوَديعَة.

وَقَوْلُهُ (لتَعَلُّقه بالعَيْنِ) يَعْني بخلاف حَقِّ المُرْتَهِنِ، فَإِنَّ حَقَّهُ يَتَعَلقُ بالرَّهْنِ مِنْ حَيْثُ المَاليَّةُ لا مِنْ حَيْثُ العَيْنُ، وَالعَيْنُ مُقَدَّمٌ عَلى المَاليَّة فَكَذَلكَ مَا يَتَعَلقُ بالعَيْنِ يُقَدَّمُ عَلى مَا يَتَعَلقُ بالمَاليَّة. فَإِنْ قِيل: لَمَّا كَانَ العُشْرُ مُتَعَلقًا بالعَيْنِ كَانَ اسْتحْقَاقُهُ كَاسْتحْقَاق جُزْءٍ مِنْ الأَرْضِ لكَوْن كُل وَاحد منْهُمَا عَيْنًا وَرُدَّ عَلَيْه عَقْدُ الرَّهْنِ فَإِنَّ وَضْعَ المَسْأَلة فِيمَا إذَا ارْتَهنَ أَرْضًا عُشْريَّةً مَعَ شَجَرٍ أَوْ زَرْعٍ فِيهَا فَأَخَذَ العُشْرَ، وَالاسْتحْقَاقُ فِي جُزْءٍ مِنْ الأَرْضِ يُبْطِلُ الرَّهْنَ لظُهُورِ الشُّيُوعِ فِيه فَكَذَا فِي اسْتحْقَاق العُشْرِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي الْبَاقِي لِأَنَّ وُجُوبَهُ) أَيْ وُجُوبَ الْعُشْرِ (لَا يُنَافِي مِلْكَهُ) فِي جَمِيعِ مَا رَهَنَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ جَازَ، وَلَوْ أَدَّى الْعُشْرَ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ جَازَ فَصَحَّ الرَّهْنُ فِي الْكُلِّ ثُمَّ خَرَجَ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ فَلَمْ يَتَمَكَّنْ الشُّيُوعُ فِي الرَّهْنِ لَا مُقَارِنًا وَلَا طَارِئًا، بِخِلَافِ الِاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ الْمِلْكَ الْمُسْتَحَقَّ مِلْكُ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ الرَّهْنُ فِيهِ، وَكَذَا فِيمَا وَرَاءَهُ لِأَنَّهُ مُشَاعٌ (قَوْلُهُ وَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَى صَاحِبِهِ) يَعْنِي مِنْ أُجْرَةٍ وَغَيْرِهَا (فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الْآخَرِ) فَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ كَأَنَّ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ لِعُمُومِ وِلَايَةِ الْقَاضِي: وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ بِمُجَرَّدِ أَمْرِ الْقَاضِي بِالنَّفَقَةِ لَا يَصِيرُ دَيْنًا عَلَى الرَّاهِنِ مَا لَمْ يَجْعَلْهُ دَيْنًا عَلَيْهِ بِالتَّنْصِيصِ، لِأَنَّ أَمْرَهُ هَاهُنَا لَيْسَ لِلْإِلْزَامِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْهَا بِالِاتِّفَاقِ فَيَكُونُ الْأَمْرُ بِذَلِكَ مُتَرَدِّدًا بَيْنَ الْإِنْفَاقِ حِسْبَةً وَدَيْنًا، فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَثْبُتُ الْأَدْنَى.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ الْحَجْرِ) فَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَلِي عَلَى الْحَاضِرِ وَعِنْدَهُمَا يَلِي عَلَيْهِ. يَعْنِي عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَمَّا نَفَذَ حَجْرُ الْقَاضِي عَلَى الْحُرِّ كَانَ نَافِذًا حَالَ غَيْبَتِهِ وَحَضْرَتِهِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَوْ نَفَذَ عَلَيْهِ أَمْرُ الْقَاضِي حَالَ حُضُورِهِ يَصِيرُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَهُوَ لَا يَرَاهُ بِخِلَافِ حَالِ غَيْبَتِهِ لِأَنَّ فِيهَا ضَرُورَةً.

بَابُ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَالِارْتِهَانُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ

قَالَ (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمُشَاعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ، وَلَنَا فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا يَبْتَنِي عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، فَإِنَّهُ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ وَهُوَ الْمُشَاعُ وَعِنْدَهُ الْمُشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الْحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ وَالثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الْحَبْسُ الدَّائِمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ الِاسْتِيثَاقُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ إِلَّا اسْتِحْقَاقُ الْحَبْسِ، وَلَوْ جَوَّزْنَاهُ فِي الْمُشَاعِ يَفُوتُ الدَّوَامُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمُهَايَأَةِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا قَالَ رَهَنْتُكَ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمَا لَا يَحْتَمِلُهَا، بِخِلَافِ الْهِبَةِ حَيْثُ يَجُوزُ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ فِي الْهِبَةِ غَرَامَةُ الْقِسْمَةِ وَهُوَ فِيمَا يُقَسَّمُ، أَمَّا حُكْمُ الْهِبَةِ الْمِلْكُ وَالْمُشَاعُ يَقْبَلُهُ، وَهَا هُنَا الْحُكْمُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَالْمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ وَإِنْ

كَانَ لا يَحتَمِلُ القِسمَةَ، وَلا يَجُوزُ مِن شَرِيكِهِ؛ لأَنَّهُ لا يُقبَلُ حُكمُهُ عَلى الوَجهِ الأَوَّل وَعَلى الوَجهِ الثَّانِي يَسكُنُ يَومًا بِحُكمِ المِلكِ وَيَومًا بِحُكمِ الرَّهنِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهَنَ يَومًا وَيَومًا لا وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ يَمنَعُ بَقَاءَ الرَّهنِ فِي رِوَايَةِ الأَصل، وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَمنَعُ؛ لأَنَّ حُكمَ البَقَاءِ أَسهَلُ مِن حُكمِ الابتِدَاءِ فَأَشبَهَ الهِبَةَ وَجهُ الأَوَّل أَنَّ الامتِنَاعَ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا يَرجِعُ إِلَيهِ، فَالابتِدَاءُ وَالبَقَاءُ سَوَاءٌ كَالمَحرَمِيَّةِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، بِخِلافِ الهِبَةِ؛ لأَنَّ المُشَاعَ يَقبَلُ حُكمَهَا وَهُوَ المِلكُ، وَاعتِبَارُ القَبضِ فِي الابتِدَاءِ لِنَفيِ الغَرَامَةِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلا حَاجَةَ إِلى اعتِبَارِهِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَلِهَذَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي بَعضِ الهِبَةِ، وَلا يَجُوزُ فَسخُ العَقدِ فِي بَعضِ الرَّهنِ.

الشرح:

(**بَابُ مَا يَجُوزُ ارتِهَانُهُ وَالارتِهَانُ بِهِ وَمَا لا يَجُوزُ**): لَمَّا ذَكَرَ مُقَدِّمَاتِ مَسَائِلِ الرَّهْنِ ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ تَفْصِيلَ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَمَا لا يَجُوزُ، إِذْ التَّفْصِيلُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الإِجْمَالِ. قَالَ (**وَلا يَجُوزُ رَهْنُ المُشَاعِ إلخ**) رَهْنُ المُشَاعِ القَابِلِ لِلقِسْمَةِ وَغَيْرِهِ فَاسِدٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ إِذَا قُبِضَ؛ وَقِيلَ بَاطِلٌ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ ذَلِكَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّ البَاطِلَ مِنْهُ هُوَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الرَّهْنُ مَالا أَوْ لَمْ يَكُنْ المُقَابَلُ بِهِ مَضْمُونًا وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ بِنَاءً عَلى أَنَّ القَبْضَ شَرْطُ تَمَامِ العَقْدِ لا شَرْطُ جَوَازِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ جَائِزٌ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ فِي الكِتَابِ دَلِيلا لأَنَّ أَصْلَ دَلِيلِهِ، وَمُعْظَمَهُ قَدْ عُلِمَ فِي ضِمْنِ ذِكْرِ دَلِيلِنَا عَلى مَا سَيَظْهَرُ، وَدَلِيلُنَا مَوْقُوفٌ عَلى مُقَدِّمَةٍ هِيَ أَنَّ العُقُودَ شُرِعَتْ لأَحْكَامِهَا، فَإِذَا فَاتَ الحُكْمُ كَانَ العَقْدُ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ، وَتَقْرِيرُ الوَجْهِ الأَوَّلِ مِنْ كَلامِهِ **حُكْمُ الرَّهْنِ** ثُبُوتُ يَدِ الاسْتِفْتَاءِ عَلى مَا تَنَاوَلَهُ العَقْدُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الاسْتِيفَاءِ وَثُبُوتُ يَدِ الاسْتِيفَاءِ فِيمَا تَنَاوَلَهُ العَقْدُ وَهُوَ المُشَاعُ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ لأَنَّ اليَدَ تَثْبُتُ عَلى مُعَيَّنٍ وَالمَرْهُونُ مِنْ المُشَاعِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَالمُعَيَّنُ غَيْرُ غَيْرِ المُعَيَّنِ فَتَكُونُ اليَدُ ثَابِتَةً عَلى غَيْرِ المَرْهُونِ وَفِيهِ فَوَاتُ حُكْمِهِ.

وَأَدْرَجَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ دَلِيلَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ بَيْنَ الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَعِنْدَهُ المُشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلبَيْعِ، فَيَكُونُ تَقْرِيرُ كَلامِهِ حُكْمُ الرَّهْنِ تَعَيُّنُهُ لِلبَيْعِ وَالمُشَاعُ عَيْنٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَحُكْمُ الرَّهْنِ يَجُوزُ فِي المُشَاعِ، وَإِذَا كَانَ

الْحُكْمُ مُتَصَوَّرًا كَانَ العَقْدُ مُقَيَّدًا، وَتَقْرِيرُ الثَّانِي أَنَّ مُوجَبَ الرَّهْنِ: أَيْ مُوجَبَ حُكْمِه: يَعْنِي لازِمَهُ هُوَ الحَبْسُ الدَّائِمُ لأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إلا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُه تَعَالَى ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أَوْ بِالنَّظَرِ إلى المَقْصُودِ وَهُوَ الاسْتِيثَاقُ مِنْ الوَجْهِ الذي بَيَّنَّاهُ: يَعْنِي مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِه وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنْ الانْتِفَاعِ فَيَتَسَارَعَ إلى قَضَاءِ الدَّيْنِ لِحَاجَتِه أَوْ لِضَجَرِه (وَكُلُّ ذَلِكَ) أَيْ كُلُّ مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِه لَمْ يُشْرَعْ إلا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ أَوْ بِالنَّظَرِ إلى المَقْصُودِ (يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ) أَمَّا تَعَلُّقُهُ بِالدَّوَامِ بِالنَّظَرِ إلى المَقْصُودِ فَظَاهِرٌ، فَإِنَّهُ لَوْ تَمَكَّنَ مِنَ الاسْتِرْدَادِ رُبَّمَا جَحَدَ الرَّهْنَ وَالدَّيْنَ جَمِيعًا فَيَفُوتُ الاسْتِيثَاقُ.

وَأَمَّا بِالنَّظَرِ إلى النَّصِّ فَلأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ القَبْضُ ابْتِدَاءً وَجَبَ بَقَاءً، لأَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِالمَحَلِ فَالابْتِدَاءُ وَالبَقَاءُ فِيه سَوَاءٌ كَالمَحْرَمِيَّة فِي النِّكَاحِ، وَقَدْ عَلِمْت أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَد الاسْتِيفَاءِ وَهُوَ لا يَكُونُ إلا بِالقَبْضِ وَالقَبْضُ فِيمَا نَحْنُ فِيه يَقْتَضِي الدَّوَامَ فَكَانَ دَوَامُ الحَبْسِ لازِمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ وَيَفُوتُ فِي المُشَاعِ، وَالدَّاعِي إلى هَذَا التَّوْجِيه تَخْلِيصُ الكَلامِ عَنْ التَّكْرَارِ فَإِنَّهُ قَالَ: أَحَدُهُمَا يَنْبَنِي عَلى حُكْمِ الرَّهْنِ، وَالثَّانِي عَلى مُوجَبِ الرَّهْنِ فَلَوْ كَانَ المُوجَبُ مُفَسَّرًا بِالحُكْمِ كَمَا هُوَ المَعْهُودُ تَكَرَّرَ كَلامُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلا يُفْضِي إليْه) أَيْ إلى دَوَامِ الحَبْسِ مِنْ تَمَامِ الدَّلِيل: يَعْنِي ثَبَتَ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ الدَّوَامِ، وَلا يُفْضِي إليْه إلا اسْتِحْقَاقُ الحَبْسِ وَلا اسْتِحْقَاقَ للحَبْسِ فِي المُشَاعِ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ المُهَايَأَة، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ لهُ رَهَنْتُك يَوْمًا دُونَ يَوْمٍ، وَلا شَكَّ فِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِه للحَبْسِ سِوَى يَوْمٍ فَيَفُوتُ الدَّوَامُ الوَاجِبُ تَحَقُّقُهُ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ الدَّوَامَ يَفُوتُ فِي المُشَاعِ تَسَاوَى مَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وَمَا لا يَحْتَمِلُهَا فِي الرَّهْنِ، بِخِلافِ الهِبَة عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ (وَقَوْلُهُ وَلا يَجُوزُ) أَيْ الرَّهْنُ (مِنْ شَرِيكِه) عَلى الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا. أَمَّا عَلى الوَجْهِ الأَوَّل فَإِنَّهُ لا يَقْبَلُ حُكْمَهُ. وَأَمَّا عَلى الثَّانِي فَلأَنَّهُ يَفُوتُ بِه دَوَامُ الحَبْسِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَصُورَةُ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ أَنْ يَرْهَنَ الجَمِيعَ ثُمَّ يَتَفَاسَخَا فِي البَعْضِ، أَوْ أَذِنَ الرَّاهِنُ للعَدْلِ أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنَ كَيْفَ شَاءَ فَبَاعَ نِصْفَهُ وَأَنَّهُ يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَلا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلى رُءُوسِ النَّخِيل، وَلا زَرْعِ الأَرْضِ دُونَ الأَرْضِ، وَلا رَهْنُ النَّخِيل فِي الأَرْضِ دُونَهَا)؛ لأَنَّ المَرهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا لَيسَ بِمَرهُونٍ خِلقَةً فَكَانَ فِي مَعنَى

الشَّائِع (وَكَذَا إِذَا رَهَنَ الأَرضَ دُونَ النَّخِيل أَو دُونَ الزَّرعِ أَو النَّخِيل دُونَ الثَّمَرِ)؛ لأَنَّ الاتِّصَال يَقُومُ بِالطَّرَفَينِ، فَصَارَ الأَصلُ أَنَّ المَرهُونَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلا بِمَا لَيسَ بِمَرهُونٍ لم يَجُز؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ قَبضُ المَرهُونِ وَحدَهُ وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ رَهنَ الأَرضِ بِدُونِ الشَّجَرِ جَائِزٌ؛ لأَنَّ الشَّجَرَ اسمٌ للنَّابِتِ فَيَكُونُ استِثنَاءُ الأَشجَارِ بِمَوَاضِعِهَا، بِخِلافِ مَا إِذَا رَهَنَ الدَّارَ دُونَ البِنَاءِ؛ لأَنَّ البِنَاءَ اسمٌ للمَبنَى فَيَصِيرُ رَاهِنًا جَمِيعَ الأَرضِ وَهِيَ مَشغُولَةٌ بِملكِ الرَّاهِنِ (وَلو رَهَنَ النَّخِيل بِمَوَاضِعِهَا جَازَ)؛ لأَنَّ هَذِهِ مُجَاوِرَةٌ وَهِيَ لا تَمنَعُ الصِّحَّةَ (وَلو كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ يَدخُلُ فِي الرَّهنِ)؛ لأَنَّهُ تَابِعٌ لاتِّصَالِهِ بِهِ فَيَدخُلُ تَبَعًا تَصحِيحًا للعَقدِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّ بَيعَ النَّخِيل بِدُونِ الثَّمَرِ جَائِزٌ، وَلا ضَرُورَةَ إلى إِدخَالِهِ مِن غَيرِ ذِكرٍ، وَبِخِلافِ المَتَاعِ فِي الدَّارِ حَيثُ لا يَدخُلُ فِي رَهنِ الدَّارِ مِن غَيرِ ذِكرِهِ؛ لأَنَّهُ لَيسَ بِتَابِعٍ بِوَجهٍ مَا، وَكَذَا يَدخُلُ الزَّرعُ وَالرَّطبَةُ فِي رَهنِ الأَرضِ وَلا يَدخُلُ فِي البَيعِ لِمَا ذَكَرنَا فِي الثَّمَرَةِ (وَيَدخُلُ البِنَاءُ وَالغَرسُ فِي رَهنِ الأَرضِ وَالدَّارِ وَالقَريَةِ) لِمَا ذَكَرنَا (وَلو رَهَنَ الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ وَلو استَحَقَّ بَعضَهُ، إِن كَانَ البَاقِي يَجُوزُ ابتِدَاءُ الرَّهنِ عَلَيهِ وَحدَهُ بَقِيَ رَهنًا بِحِصَّتِهِ وَإِلا بَطَل كُلُّهُ)؛ لأَنَّ الرَّهنَ جُعِل كَأَنَّهُ مَا وَرَدَ إِلا عَلى البَاقِي، وَيَمنَعُ التَّسلِيمَ كَونُ الرَّاهِنِ أَو مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ المَرهُونَةِ، وَكَذَا مَتَاعُهُ فِي الوِعَاءِ المَرهُونِ، وَيَمنَعُ تَسلِيمَ الدَّابَّةِ المَرهُونَةِ الحَملُ عَلَيهَا فَلا يَتِمُّ حَتَّى يُلقِيَ الحِمل؛ لأَنَّهُ شَاغِلٌ لهَا، بِخِلافِ مَا إِذَا رَهَنَ الحِمل دُونَهَا حَيثُ يَكُونُ رَهنًا تَامًّا إِذَا دَفَعَهَا إِليهِ؛ لأَنَّ الدَّابَّةَ مَشغُولَةٌ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَهَنَ مَتَاعًا فِي دَارٍ أَو فِي وِعَاءٍ دُونَ الدَّارِ وَالوِعَاءِ، بِخِلافِ مَا إِذَا رَهَنَ سَرجًا عَلى دَابَّةٍ أَو لجَامًا فِي رَأسِهَا وَدَفَعَ الدَّابَّةَ مَعَ السَّرجِ وَاللجَامِ حَيثُ لا يَكُونُ رَهنًا حَتَّى يَنزِعَهُ مِنهَا ثُمَّ يُسلمَهُ إِليهِ؛ لأَنَّهُ مِن تَوَابِعِ الدَّابَّةِ بِمَنزِلَةِ الثَّمَرَةِ للنَّخِيل حَتَّى قَالُوا يَدخُلُ فِيهِ مِن غَيرِ ذِكرٍ.

الشرح:

قَال (وَلا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلى رُءُوسِ النَّخِيل دُونَ النَّخِيل) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ وَلا يَجُوزُ رَهْنُ المُشَاعِ وَعِلتُهُ عِلتُهُ، فَإِنَّ الأَصْل الجَامِعَ أَنَّ اتِّصَال المَرْهُونِ بِغَيْرِ المَرْهُونِ يَمْنَعُ جَوَازَ الرَّهْنِ لانْتِفَاءِ القَبْضِ فِي المَرْهُونِ وَحْدَهُ لاخْتِلاطِهِ بِغَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ المَتَاعِ فِي الدَّارِ) يَعْنِي إِذَا رَهَنَ دَارًا مَشْغُولةً بِأَمْتِعَةِ الرَّاهِنِ لمْ يَصِحَّ الرَّهْنُ لأَنَّهَا لمَّا لمْ

تَكُنْ تَابِعَةً لِلدَّارِ بِوَجْهٍ لَمْ تَدْخُلْ فِي رَهْنِهَا مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ فَانْتَفَى الْقَبْضُ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الدَّارَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهَا أَوْ مِنْهَا لَمْ تَدْخُلِ الْأَمْتِعَةُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ النَّخِيلَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهَا أَوْ مِنْهَا فَإِنَّهُ تَدْخُلُ الثِّمَارُ فَتَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ لِاتِّصَالِهَا بِهَا خِلْقَةً. وَقَوْلُهُ (وَلَوِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ) يَعْنِي بَعْضَ الرَّهْنِ بِأَنْ رَهَنَ دَارًا أَوْ أَرْضًا فَاسْتَحَقَّ بَعْضَهَا، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي غَيْرَ مُشَاعٍ بِأَنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ جُزْءًا مُعَيَّنًا غَيْرَ مُشَاعٍ أَوْ كَانَ مُشَاعًا، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ صَحَّ الرَّهْنُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّهْنَ مِنَ الِابْتِدَاءِ كَانَ مَا بَقِيَ وَهُوَ غَيْرُ مُشَاعٍ وَكَانَ جَائِزًا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّهْنَ مِنَ الْأَوَّلِ مُشَاعٌ وَهُوَ مَانِعٌ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى قَالُوا يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ) يَعْنِي قَالَ الْمَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إِذَا رَهَنَ دَابَّةً عَلَيْهَا لِجَامٌ أَوْ سَرْجٌ دَخَلَ ذَلِكَ فِي الرَّهْنِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ تَبَعًا.

قَالَ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ) كَالْوَدَائِعِ وَالْعَوَارِيِّ وَالْمُضَارَبَاتِ (وَمَالِ الشَّرِكَةِ)؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي بَابِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ فَلَا بُدَّ مِن ضَمَانٍ ثَابِتٍ لِيَقَعَ الْقَبْضُ مَضْمُونًا وَيَتَحَقَّقَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ (وَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ الْعَيْنُ لَمْ يَضْمَنِ الْبَائِعُ شَيْئًا لَكِنَّهُ يَسْقُطُ الثَّمَنُ وَهُوَ حَقُّ الْبَائِعِ فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ فَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ بِعَيْنِهَا وَهُوَ أَن يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ أَوْ بِالْقِيمَةِ عِنْدَ هَلَاكِهِ مِثْلَ الْمَغْصُوبِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عَن دَمِ الْعَمْدِ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُتَقَرِّرٌ، فَإِنَّهُ إِن كَانَ قَائِمًا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ، وَإِن كَانَ هَالِكًا تَجِبُ قِيمَتُهُ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ فَيَصِحُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ) قَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ.

قَالَ (وَالرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ وَالْكَفَالَةُ بِالدَّرَكِ جَائِزَةٌ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الرَّهْنَ لِلِاسْتِيفَاءِ وَلَا اسْتِيفَاءَ قَبْلَ الْوُجُوبِ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَى زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا تَجُوزُ أَمَّا الْكَفَالَةُ فَلِالْتِزَامِ الْمُطَالَبَةِ، وَالْتِزَامُ الْأَفْعَالِ يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى الْمَآلِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ، فَلَو قَبَضَهُ قَبْلَ الْوُجُوبِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ يَهْلِكُ أَمَانَةً؛ لِأَنَّهُ لَا عَقْدَ حَيْثُ وَقَعَ بَاطِلًا، بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ الْمَوْعُودِ وَهُوَ أَن يَقُولَ رَهَنْتُكَ هَذَا لِتُقْرِضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ حَيْثُ يَهْلِكُ بِمَا سَمَّى مِنَ الْمَالِ

بِمُقَابَلتِهِ؛ لأنَّ المَوعُودَ جُعِل كَالمَوجُودِ بِاعتِبَارِ الحَاجَةِ، وَلأنَّهُ مَقبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهنِ الذِي يَصِحُّ عَلى اعتِبَارِ وُجُودِهِ فَيُعطَى لهُ حُكمُهُ كَالمَقبُوضِ عَلى سَومِ الشِّرَاءِ فَيَضمَنُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَالرَّهْنُ بِالدَّرْكِ** بَاطِلٌ) قَدْ تَقَدَّمَ غَيْرَ مَرَّةٍ أَنَّ الدَّرْكَ هُوَ رُجُوعُ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ المَبِيعِ. وَصُورَةُ الرَّهْنِ بِذَلِكَ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا وَيُسَلِّمَهُ إِلَى المُشْتَرِي فَيَخَافَ المُشْتَرِي أَنْ يَسْتَحِقَّهُ أَحَدٌ فَيَأْخُذَ مِنْ البَائِعِ رَهْنًا بِالثَّمَنِ لَوْ اسْتَحَقَّهُ أَحَدٌ وَهُوَ بَاطِلٌ حَتَّى لا يَمْلِكَ المُرْتَهِنُ حَبْسَ الرَّهْنِ، إِنْ قَبَضَهُ قَبْلَ الوُجُوبِ اسْتَحَقَّ المَبِيعَ أَوَّلا. وَأَمَّا الكَفَالَةُ بِذَلِكَ فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَالفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَذَكَرَ فِي فَائِدَةِ ضَمَانِ الدَّرْكِ مَعَ اسْتِحْقَاقِ رُجُوعِ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ المَبِيعِ ضَمِنَ البَائِعُ دَرْكَهُ أَوَّلا، لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَضْمَنْ لا يَقْدِرُ المُشْتَرِي عَلَى الرُّجُوعِ إِلا إِذَا قَضَى القَاضِي بِنَقْضِ البَيْعِ، وَأَمَّا إِذَا ضَمِنَهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ قَضَى القَاضِي بِنَقْضِ البَيْعِ بَيْنَهُمَا أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ المَبِيعَ إِذَا اُسْتُحِقَّ لَمْ يَنْتَقِضْ البَيْعُ بَيْنَهُمَا بِدُونِ رِضَا البَائِعِ أَوْ قَضَاءِ القَاضِي، لأَنَّ احْتِمَالَ إِقَامَةِ البَائِعِ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ أَوْ التَّلَقِّي مِنْ جِهَةِ المُسْتَحِقِّ قَائِمٌ، أَمَّا إِذَا قَضَى القَاضِي ثَبَتَ العَجْزُ وَانْفَسَخَ العَقْدُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ المَوْعُودِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ يَهْلِكُ أَمَانَةً، وَصُورَتُهُ مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَوْعُودَ) يَعْنِي مِنْ الدَّيْنِ جُعِلَ كَالمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ، فَإِنَّ الرَّجُلَ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِقْرَاضِ شَيْءٍ وَصَاحِبُ المَالِ لا يُعْطِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الرَّهْنِ فَيَجْعَلُ الدَّيْنَ المَوْعُودَ مَوْجُودًا احْتِيَالا لِلجَوَازِ دَفْعًا لِلحَاجَةِ عَنْ المُسْتَقْرِضِ. فَإِنْ قِيلَ: فَلْيُجْعَلْ المَعْدُومُ فِي الدَّرْكِ مَوْجُودًا لِلاشْتِرَاكِ فِي الحَاجَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ المَعْدُومَ يُجْعَلُ مَوْجُودًا إِذَا كَانَ عَلَى شَرَفِ الوُجُودِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ المُسْلِمِ إِنْجَازُ وَعْدِهِ، وَالدَّرْكُ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الاسْتِحْقَاقِ، فَإِنَّ المُسْلِمَ العَاقِلَ لا يُقْدِمُ عَلَى بَيْعِ مَالِ غَيْرِهِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهْنِ الذِي يَصِحُّ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِهِ) أَيْ وُجُودِ الدَّيْنِ وَلِلمَقْبُوضِ بِجِهَةِ الشَّيْءِ حُكْمُ ذَلِكَ الشَّيْءِ كَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ (فَيُعْطَى لَهُ) أَيْ لِلذِي قَبَضَ بِجِهَةِ الرَّهْنِ (حُكْمُ الرَّهْنِ) حَتَّى يَهْلِكَ بِمَا سَمَّى مِنْ المَالِ بِمُقَابَلَتِهِ، وَيَجِبُ عَلَى المُقْرِضِ إِيفَاءُ مَا وَعَدَهُ، وَهَذَا إِذَا سَاوَى قِيمَةَ مَا اسْتَقْرَضَهُ، وَإِنَّمَا أَطْلَقَ

جَرْيًا عَلى أَنَّ الظَّاهِرَ الغَالِبَ فِي الرَّهْنِ أَنْ يُسَاوِيَ الدَّيْنَ. فَإِنْ قِيل: قِيَاسُ هَذَا بِالمَقْبُوضِ عَلى سَوْمِ الشِّرَاءِ غَيْرُ صَحِيحٍ، لأَنَّ الوَاجِبَ فِيهِ القِيمَةُ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ المَوْعُودُ. فَالجَوَابُ أَنَّ التَّسَاوِيَ بَيْنَ المَقِيسِ وَالمَقِيسِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ الوُجُوهِ لَيْسَ بِلازِمٍ، وَاعْتِبَارُهُ بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَهْلِكُ مَضْمُونًا لا أَمَانَةً. وَأَمَّا الفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ وُجُوبُ القِيمَةِ وَالمَوْعُودُ فَباعْتِبَارِ أَنَّ ضَمَانَ الرَّهْنِ ضَمَانُ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَحَيْثُ جُعِل الدَّيْنُ مَوْجُودًا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، وَضَمَانُ المَقْبُوضِ عَلى سَوْمِ الشِّرَاءِ ضَمَانٌ مُبْتَدأٌ يَجِبُ بِالعَقْدِ إِذْ لَيْسَ لِلبَائِعِ عَلى المُشْتَرِي شَيْءٌ قَبْل البَيْعِ فَيُجْعَلُ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِيجَابِ المُسَمَّى كَضَمَانِ الغَصْبِ. وَقَوْلُهُ (فَيَضْمَنُهُ) أَيْ فَيَضْمَنُ المُرْتَهِنُ مَا قَبَضَ رَهْنًا عَنْ الدَّيْنِ المَوْعُودِ.

قَال (وَيَصِحُّ الرَّهنُ بِرأسِ مَال السَّلمِ وَبِثَمَنِ الصَّرفِ وَالمُسلمِ فِيهِ) وَقَال زُفَرُ: لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ حُكمَهُ الاستِيفَاءُ، وَهَذَا استِبدَالٌ لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ، وَبَابُ الاستِبدَال فِيهَا مَسدُودٌ وَلَنَا أَنَّ المُجَانَسَةَ ثَابِتَةٌ فِي المَالِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ الاستِيفَاءُ مِن حَيثُ المَالُ وَهُوَ المَضمُونُ عَلى مَا مَرَّ قَال (وَالرَّهنُ بِالمَبِيعِ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ غَيرُ مَضمُونٍ بِنَفسِهِ (فَإِن هَلَكَ ذَهَبَ بِغَيرِ شَيءٍ)؛ لأَنَّهُ لا اعتِبَارَ لِلبَاطِل فَبَقِيَ قَبضًا بِإِذنِهِ (وَإِن هَلَكَ الرَّهنُ بِثَمَنِ الصَّرفِ وَرَأسِ مَال السَّلمِ فِي مَجلِسِ العَقدِ تَمَّ الصَّرفُ وَالسَّلمُ وَصَارَ المُرتَهِنُ مُستَوفِيًا لِدَينِهِ حُكمًا) لِتَحَقُّقِ القَبضِ حُكمًا (وَإِن افتَرَقَا قَبل هَلاكِ الرَّهنِ بَطَلا) لِفَوَاتِ القَبضِ حَقِيقَةً وَحُكمًا (وَإِن هَلَكَ الرَّهنُ بِالمُسلمِ فِيهِ بَطَل السَّلمُ بِهَلاكِهِ) وَمَعنَاهُ: أَنَّهُ يَصِيرُ مُستَوفِيًا لِلمُسلمِ فِيهِ فَلَم يَبقَ السَّلمُ (وَلَو تَفَاسَخَا السَّلمَ وَبِالمُسلمِ فِيهِ رَهنٌ يَكُونُ ذَلكَ رَهنًا بِرَأسِ المَال حَتَّى يَحبِسَهُ)؛ لأَنَّهُ بَدَلُهُ فَصَارَ كَالمَغصُوبِ إِذَا هَلَكَ وَبِهِ رَهنٌ يَكُونُ رَهنًا بِقِيمَتِهِ (وَلَو هَلَكَ الرَّهنُ بَعدَ التَّفَاسُخِ يَهلكُ بِالطَّعَامِ المُسلمِ فِيهِ)؛ لأَنَّهُ رَهَنَهُ بِهِ، وَإِن كَانَ مَحبُوسًا بِغَيرِهِ كَمَن بَاعَ عَبدًا وَسَلمَ المَبِيعَ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهنًا ثُمَّ تَقَايَلا البَيعَ لَهُ أَن يَحبِسَهُ لأَخذِ المَبِيعِ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُهُ، وَلَو هَلَكَ المَرهُونُ يَهلكُ بِالثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّا؛ وَكَذَا لَو اشتَرَى عَبدًا شِرَاءً فَاسِدًا وَأَدَّى ثَمَنَهُ لَهُ أَن يَحبِسَهُ لِيَستَوفِيَ الثَّمَنَ، ثُمَّ لَو هَلَكَ المُشتَرَى فِي يَدِ المُشتَرِي يَهلكُ بِقِيمَتِهِ فَكَذَا هَذَا

الشرح:

قَال (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَال السَّلمِ إلخْ) قَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: حُكْمُ الرَّهْنِ

الاسْتِيفَاءُ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَهَذَا) أَيْ أَخْذُ الرَّهْنِ عَنْ هَذِهِ الأَشْيَاءِ لَيْسَ بِاسْتِيفَاءٍ لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ فَكَانَ اسْتِبْدَالا، وَبَابُ الاسْتِبْدَالِ فِيهَا مَسْدُودٌ. قُلْنَا: هُوَ اسْتِيفَاءٌ لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، فَإِنَّ الاسْتِيفَاءَ فِي الرَّهْنِ إِنَّمَا هُوَ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ. وَأَمَّا عَيْنُ الرَّهْنِ فَهُوَ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ كَمَا لوْ **كَانَ الرَّهْنُ عَبْدًا فَمَاتَ كَانَ كَفَنُهُ عَلَى الرَّاهِنِ،** وَالأَعْيَانُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ جِنْسٌ وَاحِدٌ. فَإِنْ قِيلَ: لوْ كَانَ كَذَلِكَ لصَحَّ الاسْتِبْدَالُ فِي رَأْسِ المَالِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ. فَالجَوَابُ أَنَّ هَذَا غَلَطٌ، لأَنَّا إِنَّمَا اعْتَبَرْنَا التَّجَانُسَ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ فِي الرَّهْنِ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى كَوْنِهِ مَضْمُونًا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، وَعَلَى تَعَذُّرِ تَمَلُّكِ العَيْنِ لِكَوْنِهِ أَمَانَةً وَفِي الاسْتِبْدَالِ لا يُكْتَفَى بِذَلِكَ لاحْتِيَاجِهِ إِلى تَمَلُّكِ العَيْنِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (لِفَوَاتِ القَبْضِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا) أَمَّا حَقِيقَةً فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلأَنَّ المُرْتَهِنَ إِنَّمَا يَصِيرُ قَابِضًا بِالهَلاكِ وَكَانَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ.

وَقَوْلُهُ (يَكُونُ ذَلِكَ رَهْنًا بِرَأْسِ المَالِ حَتَّى يَحْبِسَهُ) بِالرَّفْعِ لِكَوْنِ حَتَّى بِمَعْنَى الفَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ بَدَلُهُ) أَيْ لأَنَّ رَأْسَ المَالِ بَدَلُ المُسْلَمِ فِيهِ، وَبَدَلُ الشَّيْءِ يَقُومُ مَقَامَهُ **كَالرَّهْنِ بِالمَغْصُوبِ إِذَا هَلَكَ** فَإِنَّهُ رَهْنٌ بِقِيمَتِهِ، وَهَذَا الذِي ذَكَرَهُ جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ. وَفِي القِيَاسِ: لَيْسَ لهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لأَنَّ ذَلِكَ الرَّهْنَ كَانَ بِالمُسْلَمِ فِيهِ وَقَدْ سَقَطَ، وَرَأْسُ المَالِ دَيْنٌ آخَرُ وَاجِبٌ بِسَبَبٍ آخَرَ هُوَ وَالقَبْضُ فَلا يَكُونُ رَهْنًا بِهِ، كَمَا لوْ **كَانَ لهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ فَرَهَنَ بِالدَّنَانِيرِ رَهْنًا ثُمَّ أَبْرَأَهُ المُرْتَهِنُ عَنْ الدَّنَانِيرِ** فَإِنَّهُ لا يَكُونُ رَهْنًا بِالدَّرَاهِمِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ لَيْسَتْ بَدَلا مِنْ الدَّنَانِيرِ بِخِلافِ السَّلَمِ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ هَلَكَ الرَّهْنُ إلخ) أَيْ لوْ **هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ رَبِّ السَّلَمِ بَعْدَ التَّفَاسُخِ** هَلَكَ بِالطَّعَامِ المُسْلَمِ فِيهِ حَتَّى لَمْ يَبْقَ لِرَبِّ السَّلَمِ مُطَالَبَةُ المُسْلَمِ إِلَيْهِ بِالطَّعَامِ لأَنَّهُ رَهَنَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ: أَيْ بِغَيْرِ المُسْلَمِ فِيهِ وَهُوَ رَأْسُ المَالِ.

وَقَوْلُهُ (هَلَكَ بِالطَّعَامِ) يُشِيرُ إِلى أَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ بِرَأْسِ المَالِ فَعَلَى المُرْتَهِنِ وَهُوَ رَبُّ السَّلَمِ أَنْ يُعْطِيَ مِثْلَ الطَّعَامِ الذِي كَانَ عَلَى المُسْلَمِ إِلَيْهِ وَيَأْخُذَ رَأْسَ المَالِ؛ لأَنَّ بِقَبْضِ الرَّهْنِ صَارَتْ مَالِيَّتُهُ مَضْمُونَةً بِطَعَامِ السَّلَمِ، وَقَدْ بَقِيَ حُكْمُ الرَّهْنِ إِلى أَنْ هَلَكَ فَصَارَ بِهَلاكِ الرَّهْنِ مُسْتَوْفِيًا طَعَامَ السَّلَمِ، وَلوْ اسْتَوْفَاهُ حَقِيقَةً قَبْلَ الإِقَالةِ ثُمَّ تَقَايَلا أَوْ بَعْدَ الإِقَالةِ لزِمَهُ رَدُّ المُسْتَوْفَى وَاسْتِرْدَادُ رَأْسِ المَالِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَهَذَا لأَنَّ الإِقَالةَ فِي بَابِ

السَّلم لا تَحْتَملُ الفَسْخَ بَعْدَ ثُبوتِهَا، فَهَلاكُ الرَّهْنِ لا يُبْطلُ الإقَالةَ. فَإنْ قيل: **ذمَّةُ رَبِّ السَّلمِ اشْتَغَلتْ بمَاليَّةِ الرَّهْنِ منْ الدَّرَاهِم بقَدْرِ مَاليَّةِ الطَّعَامِ وَلَهُ عَلى المُسْلمِ إليْه دَيْنٌ منْ جنْسِ مَاليَّةِ الرَّهْنِ وَهُوَ رَأْسُ المَال** فَوجَبَ القِصَاصُ وَلا يَلزَمُ عَلى المُسْلمِ إليْه رَدُّ الطَّعَامِ. أُجيبَ بأنَّا لا نُسلمُ أنَّ مَاليَّةَ الرَّهْنِ هَاهُنَا منْ الدَّرَاهِم، فَإنَّ تَقْديرَ مَاليَّةِ الأشْيَاءِ بالنُّقُود ليْسَ بحَتْمٍ، وَإنَّمَا جَاءَ الشَّرْعُ بتَقْديرِه بهَا تَيْسيرًا فَلا يَقْتَضي الحَجْرَ عَلى التَّقْديرِ بغَيْرِهَا، وَلَمَّا جَعَلا الرَّهْنَ بالطَّعَامِ مَعَ علمهمَا بأَنَّهُ عَقْدُ اسْتيفَاء كَانَ ذَلكَ منْهُمَا تَقْديرَ المَاليَّةِ بالطَّعَامِ تَحْقيقًا لغَرَضهمَا، فَكَانَ الرَّهْنُ منْ جنْسِ الطَّعَامِ تَقْديرًا، فَعنْدَ هَلاكه اشْتَغَلتْ الذِّمَّةُ بالطَّعَامِ دُونَ الدَّرَاهِمِ، فَلا يَكُونُ مَا عَليْه للمُسْلمِ إليْه منْ جنْسِ مَاله عَلى المُسْلمِ إليْه حَتَّى يَلتَقيَا قصَاصًا، بَل يَلزَمُهُ رَدُّ مثْل الطَّعَامِ المُسْلمِ فيه لأنَّهُ اسْتَوْفَى المُسْلمَ فيه، وَالإقَالةُ مُتَقَرِّرَةٌ لمَا مَرَّ آنفًا أنَّهَا لا تَحْتَملُ الفَسْخَ. وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) يُريدُ به قَوْلهُ لأنَّ الثَّمنَ بَدَلُهُ. وَقَوْلُهُ (وَأَدَّى ثَمَنَهُ لهُ أنْ يَحْبسَهُ) يَعْني أَدَّى ثَمَنَهُ ثُمَّ أَرَادَ فَسْخَهُ للمُشْتَري أنْ يَحْبسَ العَبْدَ لاسْتيفَاء الثَّمَنِ، لأنَّ العَبْدَ هُنَاكَ بمَنْزلة الرَّهْنِ عنْدَ المُشْتَري لاسْتيفَاءِ ثَمَنه منْ البَائعِ، فَإنْ هَلكَ المُشْتَرَى بَعْدَ الحَبْسِ في يَده هَلكَ بقيمَته.

قَال (وَلا يَجُوزُ رَهنُ الحرِّ وَالمُدبَّرِ وَالمُكَاتَبِ وَأمِّ الوَلدِ)؛ لأنَّ حُكمَ الرَّهنِ ثُبُوتُ يَدِ الاستِيفَاءِ، وَلا يَتَحقَّقُ الاستِيفَاءُ مِن هَؤُلاءِ لعَدَمِ المَاليَّةِ فِي الحُرِّ وَقِيَامِ المَانعِ فِي البَاقِينَ، (وَلا يَجُوزُ الرَّهنُ بِالكَفَالةِ بِالنَّفسِ، وَكَذَا بِالقِصَاصِ فِي النَّفسِ وَمَا دُونَهَا) لتَعذُّرِ الاستِيفَاءِ، بخِلافِ مَا إذَا كَانَت الجِنَايَةُ خَطأً لأنَّ استِيفَاءَ الأرشِ مِن الرَّهنِ مُمكِنٌ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **رَهْنُ الحُرِّ** وَالمُدبَّرِ إلخْ) كَلامُهُ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقيَامُ المَانعِ في البَاقينَ) يَعْني حَقَّ الحُرِّيَّة، وَلهَذَا لوْ طَرَأَتْ هَذه التَّصرُّفَاتُ أَبْطَلَتْهُ، فَإذَا كَانَتْ مُقَارنَةً مَنَعَتْهُ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ بالكَفَالة بالنَّفْسِ) لمَعْنَيَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ في الكتَاب أنَّ اسْتيفَاءَ المَكْفُول به منْ الرَّهْنِ غَيْرُ مُمْكنٍ. وَالثَّاني أنَّ المَكفُول به غَيْرُ مَضْمُونٍ في نَفْسه، فَإنَّهُ لوْ هَلكَ لمْ يَجبْ شَيْءٌ وَهُمَا جَاريَان في القصَاصِ في النَّفْسِ وَمَا دُونَهُ. وَأَمَّا لوْ رَهَنَ عَنْ بَدَل الصُّلحِ فيهمَا فَإنَّهُ صَحيحٌ لأنَّ البَدَل مَضْمُونٌ بنَفْسه، بخلاف مَا إذَا كَانَتْ الجنَايَةُ خَطَأً، لأنَّ اسْتيفَاءَ الأَرْشِ منْ الرَّهْنِ مُمْكنٌ، وَلوْ صَالحَ عَنْهَا عَلى عَيْنٍ

ثُمَّ رَهَنَ بِهَا رَهْنًا لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ يَنْفَسِخُ الصُّلْحُ فَكَانَ كَالْمَبِيعِ.

(وَلا يَجُوزُ الرَّهنُ بِالشُّفعَةِ)؛ لأنَّ المَبِيعَ غيرُ مَضمُونٍ على المُشتَرِي (وَلا بِالعَبدِ الجَانِي وَالعَبدِ المَأذُونِ وَالمَديُونِ)؛ لأنَّهُ غيرُ مَضمُونٍ على المَولى، فَإِنَّهُ لو هَلَكَ لا يَجِبُ عَلَيهِ شَيءٌ (وَلا بِأُجرَةِ النَّائِحَةِ وَالمُغَنِّيَةِ، حَتَّى لو ضَاعَ لم يَكُن مَضمُونًا)؛ لأنَّهُ لا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مَضمُونٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ بِالشُّفْعَةِ) صُورَتُهُ أَنْ يَطْلُبَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ وَيَقْضِيَ القَاضِي بِذَلِكَ فَيَقُولُ لِلْمُشْتَرِي أَعْطِنِي رَهْنًا بِالدَّارِ المَشْفُوعَةِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لَوْ ضَاعَ) يَعْنِي الرَّهْنَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مَضْمُونٌ، أَلا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ رَفَعَا الأَمْرَ إِلَى القَاضِي قَبْلَ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ لا يَأْمُرُ المُسْتَأْجِرَ بِتَسْلِيمِ الأَجْرِ.

(وَلا يَجُوزُ لِلمُسلِمِ أَن يَرهَنَ خَمرًا أَو يَرتَهِنَهُ مِن مُسلِمٍ أَو ذِمِّيٍّ) لِتَعَذُّرِ الإِيفَاءِ وَالاستِيفَاءِ فِي حَقِّ المُسلِمِ، ثُمَّ الرَّاهِنُ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَالخَمرُ مَضمُونٌ عَلَيهِ لِلذِّمِّيِّ كَمَا إِذَا غَصَبَهُ، وَإِن كَانَ المُرتَهِنُ ذِمِّيًّا لم يَضمَنهَا لِلمُسلِمِ كَمَا لا يَضمَنُهَا بِالغَصبِ مِنهُ، بِخِلافِ مَا إِذَا جَرَى ذَلِكَ فِيمَا بَينَهُم؛ لأنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِم، أَمَّا المَيتَةُ فَلَيسَت بِمَالٍ عِندَهُم فَلا يَجُوزُ رَهنُهَا وَارتِهَانُهَا فِيمَا بَينَهُم، كَمَا لا يَجُوزُ فِيمَا بَينَ المُسلِمِينَ بِحَالٍ (وَلو اشتَرَى عَبدًا وَرَهَنَ بِثَمَنِهِ عَبدًا أَو خَلًّا أَو شَاةً مَذبُوحَةً ثُمَّ ظَهَرَ العَبدُ حُرًّا أَو الخَلُّ خَمرًا أَو الشَّاةُ مَيتَةً فَالرَّهنُ مَضمُونٌ)؛ لأنَّهُ رَهَنَهُ بِدَينٍ وَاجِبٍ ظَاهِرًا (وَكَذَا إِذَا قَتَلَ عَبدًا وَرَهَنَ بِقِيمَتِهِ رَهنًا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ) وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى إِنكَارٍ وَرَهَنَ بِمَا صَالَحَ عَلَيهِ رَهنًا ثُمَّ تَصَادَقَا أَن لا دَينَ فَالرَّهنُ مَضمُونٌ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ خِلافُهُ، وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِن جِنسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) يَعْنِي بِالأَقَلِّ وَمِنْ قِيمَتِهِ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ (لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ ظَاهِرًا) أَلا تَرَى أَنَّ البَائِعَ وَالمُشْتَرِيَ لَوْ اخْتَصَمَا إِلَى القَاضِي قَبْلَ ظُهُورِ الحُرِّيَّةِ وَالاسْتِحْقَاقِ فَالقَاضِي يَقْضِي بِالثَّمَنِ، وَوُجُوبُ الدَّيْنِ ظَاهِرًا يَكْفِي لِصِحَّةِ

الرَّهْنِ وَلِصَيْرُورَتِهِ مَضْمُونًا. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ) أَيْ العَبْدَ المَقْتُول (حُرٌّ) وَقَدْ هَلَكَ الرَّهْنُ فَإِنَّهُ يَهْلِكُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لا دَيْنَ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَجْهُهُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ قَبْضٌ بِمَالٍ مَضْمُونٍ ظَاهِرًا فَكَانَ كَالدَّيْنِ الثَّابِتِ حَقِيقَةً. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ خِلافُهُ: يَعْنِي لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ شَيْئًا لأَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا أَنْ لا دَيْنَ فَقَدْ تَصَادَقَا عَلَى عَدَمِ الضَّمَانِ، وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا وَالاسْتِيفَاءُ بِدُونِ الدَّيْنِ لا يُتَصَوَّرُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جِنْسِهِ) يَعْنِي أَنَّ الرِّوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مَحْفُوظَةٌ فِي مَسْأَلَةِ الصُّلْحِ عَنْ إنْكَارٍ وَالمَشَايِخُ قَالُوا القِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ حُكْمُ المَسَائِلِ البَاقِيَةِ مَسْأَلَةِ العَبْدِ وَالخَلِّ وَالشَّاةِ كَذَلِكَ.

قَال (وَيَجُوزُ للأَبِ أَن يَرهَنَ بِدَينٍ عَليهِ عَبدًا لابنِهِ الصَّغيرِ)؛ لأَنَّهُ يَملكُ الإِيدَاعَ، وَهَذَا أَنظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ مِنهُ؛ لأَنَّ قِيَامَ المُرتَهِنِ بِحِفظِهِ أَبلغُ خِيفَةَ الغَرامَةِ (وَلو هَلكَ يَهلكُ مَضمُونًا، الوَدِيعَةُ تَهلكُ أَمَانَةً وَالوَصِيُّ بِمَنزِلةِ الأَبِ) فِي هَذَا البَابِ لِمَا بَيَّنَّا وَعَن أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ ذَلكَ مِنهُمَا، وَهُوَ القِيَاسُ اعتِبَارًا بِحَقِيقَةِ الإِيفَاءِ، وَوَجهُ الفَرقِ عَلَى الظَّاهِرِ وَهُوَ الاستِحسَانُ أَنَّ فِي حَقِيقَةِ الإِيفَاءِ إِزَالَةَ مِلكِ الصَّغِيرِ مِن غَيرِ عِوَضٍ يُقَابِلُهُ فِي الحَالِ، وَفِي هَذَا نَصبُ حَافِظٍ لِمَالِهِ نَاجِزًا مَعَ بَقَاءِ مِلكِهِ فَوَضَحَ الفَرقُ (وَإِذَا جَازَ الرَّهنُ يَصِيرُ المُرتَهِنُ مُستَوفِيًا دَينَهُ لو هَلكَ فِي يَدِهِ وَيَصِيرُ الأَبُ) أَو الوَصِيُّ (مُوفِيًا لهُ وَيَضمَنُهُ للصَّبِيِّ)؛ لأَنَّهُ قَضَى دَينَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَا لو سَلطَا المُرتَهِنَ عَلَى بَيعِهِ؛ لأَنَّهُ تَوكِيلٌ بِالبَيعِ وَهُمَا يَملكَانِهِ قَالُوا: أَصلُ هَذِهِ المَسأَلَةِ البَيعُ، فَإِنَّ الأَبَ أَو الوَصِيَّ إِذَا بَاعَ مَال الصَّبِيِّ مِن غَرِيمِ نَفسِهِ جَازَ وَتَقَعُ المُقَاصَّةُ وَيَضمَنُهُ للصَّبِيِّ عِندَهُمَا، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ لا تَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَكَذَا وَكِيلُ البَائِعِ بِالبَيعِ، وَالرَّهنُ نَظِيرُ البَيعِ نَظَرًا إلى عَاقِبَتِهِ مِن حَيثُ وُجُوبُ الضَّمَانِ (وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ مِن نَفسِهِ أَو مِن ابنٍ لهُ صَغِيرٍ أَو عَبدٍ لهُ تَاجِرٍ لا دَينَ عَليهِ جَازَ)؛ لأَنَّ الأَبَ لوُفُورِ شَفَقَتِهِ أُنزِل مَنزِلةَ شَخصَينِ وَأُقِيمَت عِبَارَتُهُ مَقَامَ عِبَارَتَينِ فِي هَذَا العَقدِ كَمَا فِي بَيعِهِ مَال الصَّغِيرِ مِن نَفسِهِ فَتَوَلى طَرَفَي العَقدِ (وَلو ارتَهَنَهُ الوَصِيُّ مِن نَفسِهِ أَو مِن هَذَينِ أَو رَهنًا عَينًا لهُ مِن اليَتِيمِ بِحَقٍّ لليَتِيمِ عَليهِ لم يَجُز)؛ لأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحضٌ، وَالوَاحِدُ لا يَتَوَلى طَرَفَي العَقدِ فِي الرَّهنِ كَمَا لا يَتَوَلاهُمَا فِي البَيعِ، وَهُوَ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ فَلا يَعدِلُ عَن الحَقِيقَةِ فِي حَقِّهِ إلحَاقًا لهُ بِالأَبِ،

وَالرَّهنِ من ابنِهِ الصَّغيرِ وَعَبدِهِ التَّاجِرِ الذي ليسَ عَليهِ دَينٌ بِمَنزِلَةِ الرَّهنِ من نَفسِهِ، بِخِلافِ ابنِهِ الكَبِيرِ وَأَبِيهِ وَعَبدِهِ الذِي عَليهِ دَينٌ؛ لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لهُ عَليهِم، بِخِلافِ الوَكِيل بِالبَيعِ إذَا بَاعَ مِن هَؤُلاءِ؛ لأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ وَلا تُهمَةَ فِي الرَّهنِ؛ لأَنَّ لهُ حُكمًا وَاحِدًا. (وَإن استَدَانَ الوَصِيُّ لليَتِيمِ فِي كِسوَتِهِ وَطَعَامِهِ فَرَهَنَ بِهِ مَتَاعًا لليَتِيمِ جَازَ)؛ لأَنَّ الاستِدَانَةَ جَائِزَةٌ للحَاجَةِ وَالرَّهنُ يَقَعُ إيفَاءً للحَقِّ فَيَجُوزُ (وَكَذَلكَ لو اتَّجَرَ لليَتِيمِ فَارتَهَنَ أَو رَهَنَ)؛ لأَنَّ الأَولى لهُ التِّجَارَةُ تَثمِيرًا لِمَالِ اليَتِيمِ فَلا يَجِدُ بُدًّا من الارتِهَانِ وَالرَّهنِ؛ لأَنَّهُ إيفَاءٌ وَاستِيفَاءٌ (وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ فَأَدرَكَ الابنُ وَمَاتَ الأَبُ ليسَ للابنِ أَن يَرُدَّهُ حَتَّى يَقضِيَ الدَّينَ) لوُقُوعِهِ لازِمًا من جَانِبِهِ؛ إذ تَصَرُّفُ الأَبِ بِمَنزِلَةِ تَصَرُّفِهِ بِنَفسِهِ بَعدَ البُلُوغِ لقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَلو كَانَ الأَبُ رَهَنَهُ لنَفسِهِ فَقَضَاهُ الابنُ رَجَعَ بِهِ فِي مَال الأَبِ)؛ لأَنَّهُ مُضطَرٌّ فِيهِ لحَاجَتِهِ إلى إحيَاءِ مِلكِهِ فَأَشبَهَ مُعِيرَ الرَّهنِ (وَكَذَا إذَا هَلَكَ قَبل أَن يَفتَكَّهُ)؛ لأَنَّ الأَبَ يَصِيرُ قَاضِيًا دَينَهُ بِمَالِهِ فَلَهُ أَن يَرجِعَ عَليهِ (وَلو رَهَنَهُ بِدَينٍ عَلى نَفسِهِ وَبِدَينٍ عَلى الصَّغِيرِ جَازَ) لاشتِمَالِهِ عَلى أَمرَينِ جَائِزَينِ (فَإِن هَلَكَ ضَمِنَ الأَبُ حِصَّتَهُ مِن ذَلكَ للوَلدِ) لإِيفَائِهِ دَينَهُ مِن مَالهِ بِهَذَا المِقدَارِ، وَكَذَلكَ الوَصِيُّ، وَكَذَلكَ الجَدُّ أَبُ الأَبِ إذَا لم يَكُن الأَبُ أَو وَصِيُّ الأَبِ (وَلو رَهَنَ الوَصِيُّ مَتَاعًا لليَتِيمِ فِي دَينِ استَدَانَهُ عَليهِ وَقَبَضَ المُرتَهِنُ ثُمَّ استَعَارَهُ الوَصِيُّ لحَاجَةِ اليَتِيمِ فَضَاعَ فِي يَدِ الوَصِيِّ فَإِنَّهُ خَرَجَ مِن الرَّهنِ وَهَلَكَ مِن مَال اليَتِيمِ)؛ لأَنَّ فِعل الوَصِيِّ كَفِعلهِ بِنَفسِهِ بَعدَ البُلُوغِ؛ لأَنَّهُ استَعَارَهُ لحَاجَةِ الصَّبِيِّ وَالحُكمُ فِيهِ هَذَا عَلى مَا نُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَالمَالُ دَينٌ عَلى الوَصِيِّ) مَعنَاهُ هُوَ المُطَالبُ بِهِ (ثُمَّ يَرجِعُ بِذَلكَ عَلى الصَّبِيِّ)؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذِهِ الاستِعَارَةِ؛ إذ هِيَ لحَاجَةِ الصَّبِيِّ (وَلو استَعَارَهُ لحَاجَةِ نَفسِهِ ضَمِنَهُ للصَّبِيِّ)؛ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ؛ إذ ليسَ لهُ وِلايَةُ الاستِعمَال فِي حَاجَةِ نَفسِهِ (وَلو غَصَبَهُ الوَصِيُّ بَعدَ مَا رَهَنَهُ فَاستَعمَلَهُ لحَاجَةِ نَفسِهِ حَتَّى هَلَكَ عِندَهُ فَالوَصِيُّ ضَامِنٌ لقِيمَتِهِ)؛ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّ المُرتَهِنِ بِالغَصبِ وَالاستِعمَال، وَفِي حَقِّ الصَّبِيِّ بِالاستِعمَال فِي حَاجَةِ نَفسِهِ، فَيُقضَى بِهِ الدَّينُ إن كَانَ قَد حَل (فَإِن كَانَ قِيمَتُهُ مِثل الدَّينِ أَدَّاهُ إلى المُرتَهِنِ وَلا يَرجِعُ عَلى اليَتِيمِ)؛ لأَنَّهُ وَجَبَ لليَتِيمِ عَليهِ مِثلُ مَا وَجَبَ لهُ عَلى اليَتِيمِ فَالتَقَيَا قِصَاصًا (وَإن كَانَت قِيمَتُهُ أَقَل) مِن الدَّينِ (أَدَّى قَدرَ القِيمَةِ إلى المُرتَهِنِ وَأَدَّى الزِّيَادَةَ مِن مَال اليَتِيمِ)؛ لأَنَّ المَضمُونَ

عَليهِ قدرُ القِيمَةِ لا غيرَ (وَإن كَانَت قِيمَةُ الرّهنِ أكثرَ مِن الدّينِ أدّى قَدرَ الدّينِ مِن القِيمَةِ إلى المُرتَهنِ، وَالفَضلُ لليَتِيمِ، وَإن كَانَ لم يَحِل الدّينُ فَالقِيمَةُ رَهنٌ)؛ لأنّهُ ضَامِنٌ للمُرتَهنِ بِتَفوِيتِ حقّهِ المُحتَرَمِ فَتَكُونُ رَهنًا عِندَهُ، ثُمّ إذَا حَل الأجَلُ كَانَ الجَوَابُ عَلَى التّفصِيل الذِي فَصّلنَاهُ (وَلو أنّهُ غَصَبَهُ وَاستَعمَلهُ لحَاجَةِ الصّغِيرِ حَتّى هَلكَ فِي يَدِهِ يَضمَنُهُ لحَقّ المُرتَهنِ، وَلا يَضمَنُهُ لحَقّ الصّغِيرِ)؛ لأنّ استِعمَالهُ لحَاجَةِ الصّغِيرِ ليسَ بِتَعَدٍّ، وَكَذَا الأَخذُ؛ لأنّ لهُ وِلايَةَ أخذِ مَال اليَتِيمِ، وَلهَذَا قَال فِي كِتَابِ الإِقرَارِ: إذَا أَقَرّ الأَبُ أَو الوَصِيُّ بِغَصبِ مَال الصّغِيرِ لا يَلزَمُهُ شَيءٌ؛ لأنّهُ لا يُتَصَوّرُ غَصبُهُ لمَا أنّ لهُ وِلايَةَ الأَخذِ، فَإذَا هَلكَ فِي يَدِهِ يَضمَنُهُ للمُرتَهنِ يَأخُذُهُ بِدَينِهِ إن كَانَ قَد حَل، وَيَرجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الصّغِيرِ؛ لأنّهُ ليسَ بِمُتَعَدٍّ بَل هُوَ عَامِلٌ لهُ، وَإن كَانَ لم يَحِل يَكُونُ رَهنًا عِندَ المُرتَهنِ، ثُمّ إذَا حَل الدّينُ يَأخُذُ دَينَهُ مِنهُ وَيَرجِعُ الوَصِيُّ عَلى الصّبِيّ بِذَلكَ لمَا ذَكَرنَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لابْنه الصَّغير) احْترَازٌ عَنْ الابْنِ الكَبير، فَإنَّهُ لا يَجُوزُ للأَب أَنْ يَرْهَنَ عَبْدَهُ بدَيْنِ نَفْسه إلا بإذْن الابْن. وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله وَهَذَا أَنْظَرُ في حَقِّ الصَّبيِّ، فَإنْ هَلكَ الرَّهْنُ في يَد المُرْتَهنِ هَلكَ بمَا فيه وَيَضْمَنُ الأَبُ وَالوَصيُّ للصَّغير قيمَةَ الرَّهْنِ إذَا كَانَتْ مثْل الدَّيْن، وَإنْ كَانَتْ القيمَةُ أَكْثَرَ ضَمنَا مقْدَارَ الدَّيْن دُونَ الزِّيَادَة لأَنَّهُمَا فيهَا مُودَعٌ وَلَهُمَا الولايَةُ عَلى ذَلكَ. وَقَوْلُهُ (وَعنْدَ أَبي يُوسُفَ لا تَقَعُ المُقَاصَّةُ) بَل يَبْقَى دَيْنُ الغَريم عَلى الأَب كَمَا كَانَ وَيَصيرُ للصَّغير الثَّمَنُ عَلى المُشْتَري. وَقَوْلُهُ (**وَإذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ ابْنه الصَّغير**) يُريدُ بَيَانَ جَوَاز أَنْ يَكُونَ الأَبُ رَاهنًا وَمُرْتَهنًا بالنِّسْبَة إلى مَال وَاحد وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لهُ دَيْنٌ عَلى ابْنه الصَّغير فَيَأْخُذَ شَيْئًا رَهْنًا منْ مَتَاعه فَيَكُونَ رَاهنًا منْ جهَة ابْنه وَمُرْتَهنًا لذَاته.

وَقَوْلُهُ (أَوْ عَبْدٌ لهُ تَاجرٌ لا دَيْنَ عَليْه) قَيَّدَ بذَلكَ لأَنَّ الشُّبْهَةَ عَلى ذَلكَ التَّقْدير، أَمَّا إذَا كَانَ عَليْه دَيْنٌ فَلا شَكَّ في جَوَازه وَذَلكَ لأَنَّهُ يَجُوزُ منْ الوَصيِّ فَلأَنْ يَجُوزَ منْ الأَب أَوْلى، فَلوْ رَهَنَ **الوَصيُّ منْ عَبْده وَلا دَيْنَ عَليْه** لمْ يَجُزْ، وَذَلكَ لأَنَّا نَجْعَلُ رَهْنَهُ منْ عَبْده الذي لا دَيْنَ عَليْه في المَوْضعَيْن كَرَهْنه منْ نَفْسه، إلا أَنَّهُ لوْ رَهَنَ الأَبُ منْ نَفْسه جَازَ فَكَذَا إذَا رَهَنَ منْ عَبْده، **وَالوَصيُّ لوْ رَهَنَ منْ نَفْسه** لمْ يَجُزْ فَكَذَا منْ

عَبْده، وَهَذَا بنَاءٌ عَلى أَنَّ بَيْعَ الأَبِ مَال وَلده منْ نَفْسه جَائِزٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلكَ مَنْفَعَةٌ ظَاهِرَةٌ بِأَنْ بَاعَ بِمِثْلِ القِيمَةِ مِنْ نَفْسه فَكَذَا جَازَ رَهْنُهُ وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ. وَأَمَّا بَيْعُ الوَصِيِّ مِنْ نَفْسه فَلا يَجُوزُ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا بِمِثْلِ القِيمَةِ فَكَذَا رَهْنُهُ مِنْ نَفْسه عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ، فَالضَّمِيرُ فِي قَوْله مِنْ ابْنه الصَّغِيرِ وَابْنه الكَبِيرِ وَعَبْده للوَصِيِّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ لهُ حُكْمًا وَاحِدًا) يُرِيدُ كَوْنَهُ مَضْمُونًا بِالأَقَلِّ مِنْ القِيمَةِ وَالدَّيْنِ، سَوَاءٌ رَهَنَهُ عِنْدَ هَؤُلاءِ أَوْ عِنْدَ أَجْنَبِيٍّ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا رَهَنَ **الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ) يَعْنِي سَوَاءٌ كَانَ لِنَفْسه أَوْ لِلصَّغِيرِ.** وَقَوْلُهُ (وَمَاتَ الأَبُ) قَيْدٌ اتِّفَاقِيٌّ، لأَنَّهُ لوْ كَانَ حَيًّا كَانَ الحُكْمُ كَذَلكَ. ثُمَّ إِذَا قَضَى الابْنُ دَيْنَ المُرْتَهِنِ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ لنفْسه فَذَاكَ، وَإِنْ كَانَ لوَالده فَلهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي مَال وَالده لأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فيه عَلى مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (لاشْتِمَاله عَلى أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ رَهْنَ الأَبِ وَالوَصِيِّ مَتَاعَ الصَّغِيرِ بِدَيْنٍ عَلى نَفْسه وَرَهْنُهُمَا ذَلكَ بِدَيْنٍ عَلى الصَّغِيرِ، وَذَلكَ لأَنَّهُ لَمَّا مَلكَ أَنْ يَرْهَنَ بِدَيْنِ كُلُّ وَاحد منْهُمَا عَلى الانْفِرَاد مَلكَ بِدَيْنِهِمَا، لأَنَّ كُل مَا جَازَ أَنْ يَثْبُتَ لكُل وَاحِدٍ مِنْ أَجْزَاءِ المُرَكَّبِ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ للكُل دُونَ العَكْسِ.

وَقَوْلُهُ (كَفِعْله بِنَفْسه) أَيْ كَفِعْلِ اليَتِيمِ بِنَفْسه. وَقَوْلُهُ (وَالحُكْمُ فِيهِ هَذَا) يَعْنِي لوْ كَانَ **اليَتِيمُ بَالغًا فَرَهَنَ مَتَاعَهُ بِنَفْسه ثُمَّ اسْتَعَارَهُ مِنْ المُرْتَهِنِ فَهَلكَ فِي يَده** لَمْ يَسْقُطْ الدَّيْنُ، لأَنَّ عِنْدَ هَلاكِ الرَّهْنِ يَصِيرُ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا، وَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَل صَاحِبُ الدَّيْنِ مُسْتَوْفِيًا، لدَيْنه بِاعْتِبَارِ يَد المَدْيُون، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ الدَّيْنُ بِهَلاكه يَرْجِعُ المُرْتَهِنُ عَلى الوَصِيِّ بِالدَّيْنِ كَمَا كَانَ يَرْجِعُ بِه قَبْل الرَّهْنِ، وَيَرْجِعُ بِهِ الوَصِيُّ عَلى اليَتِيمِ وَقَدْ ضَاعَتْ العَيْنُ مِنْ مَال اليَتِيمِ، لأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَعَارَهُ لحَاجَة اليَتِيم. وَقَوْلُهُ (يَضْمَنُهُ لحَقِّ المُرْتَهِنِ) يَعْنِي قَدْرَ الدَّيْنِ، وَلا يَضْمَنُهُ لحَقِّ الصَّغِيرِ: يَعْنِي قَدْرَ الزِّيَادَة عَلى الدَّيْن. وَقَوْلُهُ يَأْخُذُهُ بِدَيْنه) أَيْ يَأْخُذُ المُرْتَهِنُ مَا ضَمِنَهُ الوَصِيُّ بِمُقَابَلة دَيْنه. فَصَلهُ عَمَّا قَبْلهُ للاسْتِئْنَاف. وَقَوْلُهُ (لمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْله لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ بَل هُوَ عَامِلٌ لهُ.

قَالَ (وَيَجُوزُ رَهنُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيل وَالمَوزُونِ)؛ لأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ الاستِيفَاءُ مِنهُ فَكَانَ مَحَلا للرَّهنِ (فَإِن رُهِنَت بِجِنسِهَا فَهَلَكَت هَلَكَت بِمِثلِهَا مِن الدَّينِ وَإِن اختَلَفَا فِي

الجَودَةِ)؛ لأَنَّهُ لا مُعتَبَرَ بِالجودَةِ عِندَ الْمُقابَلَةِ بِجِنسِهَا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّ عِندَهُ يَصِيرُ مُستَوفِيًا بِاعتِبَارِ الوَزنِ دُونَ القِيمَةِ، وَعِندَهُمَا يَضمَنُ القِيمَةَ مِن خِلافِ جِنسِهِ وَيَكُونُ رَهنًا مَكَانَهُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِن رَهَنَ إِبرِيقَ فِضَّةٍ وَزنُهُ عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَضَاعَ فَهُوَ بِمَا فِيهِ) قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: مَعنَاهُ أَن تَكُونَ قِيمَتُهُ مِثلَ وَزنِهِ أَو أَكثَرَ هَذَا الجَوَابُ فِي الوَجهَينِ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّ الاستِيفَاءَ عِندَهُ بِاعتِبَارِ الوَزنِ وَعِندَهُمَا بِاعتِبَارِ القِيمَةِ، وَهِيَ مِثلُ الدَّينِ فِي الأَوَّلِ وَزِيَادَةٌ عَلَيهِ فِي الثَّانِي فَيَصِيرُ بِقَدرِ الدَّينِ مُستَوفِيًا (فَإِن كَانَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِن الدَّينِ فَهُوَ عَلَى الخِلافِ) المَذكُورِ لَهُمَا أَنَّهُ لا وَجهَ إِلَى الاستِيفَاءِ بِالوَزنِ لِمَا فِيهِ مِن الضَّرَرِ بِالْمُرتَهِنِ، وَلا إِلَى اعتِبَارِ القِيمَةِ؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا فَصِرنَا إِلَى التَّضمِينِ بِخِلافِ الجِنسِ لِيَنتَقِضَ القَبضُ وَيُجعَلَ مَكَانَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ وَلَهُ أَنَّ الجَودَةَ سَاقِطَةُ العِبرَةِ فِي الأَموَالِ الرِّبَوِيَّةِ عِندَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنسِهَا، وَاستِيفَاءُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ جَائِزٌ كَمَا إِذَا تَجَوَّزَ بِهِ وَقَد حَصَلَ الاستِيفَاءُ بِالإِجمَاعِ وَلِهَذَا يُحتَاجُ إِلَى نَقضِهِ، وَلا يُمكِنُ نَقضُهُ بِإِيجَابِ الضَّمَانِ؛ لأَنَّهُ لا بُدَّ لَهُ مِن مُطَالِبٍ وَمُطَالَبٍ، وَكَذَا الإِنسَانُ لا يَضمَنُ مِلكَ نَفسِهِ وَبِتَعَذُّرِ التَّضمِينِ يَتَعَذَّرُ النَّقضُ، وَقِيلَ: هَذِهِ فُرَيعَةُ مَا إِذَا استَوفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ فَهَلَكَت ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ يُمنَعُ الاستِيفَاءُ وَهُوَ مَعرُوفٌ، غَيرَ أَنَّ البِنَاءَ لا يَصِحُّ مَا هُوَ المَشهُورُ؛ لأَنَّ مُحَمَّدًا فِيهَا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَفِي هَذَا مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَالفَرقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَبَضَ الزُّيُوفَ لِيَستَوفِيَ مِن عَينِهَا، وَالزِّيَافَةُ لا تَمنَعُ الاستِيفَاءَ، وَقَد تَمَّ بِالهَلاكِ وَقَبضُ الرَّهنِ لِيَستَوفِيَ مِن مَحَلٍّ آخَرَ فَلا بُدَّ مِن نَقضِ القَبضِ، وَقَد أَمكَنَ عِندَهُ بِالتَّضمِينِ، وَلَو انكَسَرَ الإِبرِيقُ فَفِي الوَجهِ الأَوَّلِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَت قِيمَتُهُ مِثلَ وَزنِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لا يُجبَرُ عَلَى الفِكَاكِ؛ لأَنَّهُ لا وَجهَ إِلَى أَن يَذهَبَ شَيءٌ مِن الدَّينِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَينَهُ بِالجَودَةِ عَلَى الانفِرَادِ، وَلا إِلَى أَن يَفتَكَّهُ مَعَ النُّقصَانِ لِمَا فِيهِ مِن الضَّرَرِ فَخَيَّرنَاهُ، إِن شَاءَ افتَكَّهُ بِمَا فِيهِ وَإِن شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ مِن جِنسِهِ أَو خِلافِ جِنسِهِ، وَتَكُونُ رَهنًا عِندَ الْمُرتَهِنِ، وَالْمَكسُورُ لِلمُرتَهِنِ بِالضَّمَانِ وَعِندَ مُحَمَّدٍ إِن شَاءَ افتَكَّهُ نَاقِصًا، وَإِن شَاءَ جَعَلَهُ بِالدَّينِ اعتِبَارًا لِحَالَةِ الانكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلاكِ، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا صَارَ بِمَنزِلَةِ الهَلاكِ، وَفِي الهَلاكِ الحَقِيقِيِّ مَضمُونٌ بِالدَّينِ بِالإِجمَاعِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ فِي مَعنَاهُ قُلنَا: الاستِيفَاءُ عِندَ الهَلاكِ بِالمَالِيَّةِ، وَطَرِيقُهُ أَن يَكُونَ مَضمُونًا بِالقِيمَةِ ثُمَّ تَقَعُ

الْمُقَاصَّةُ، وَفِي جَعلِهِ بِالدَّينِ إغلاقُ الرَّهنِ وَهُوَ حُكمٌ جَاهِلِيٌّ فَكَانَ التَّضمِينُ بِالقِيمَةِ أَولَى وَفِي الوَجهِ الثَّالِثِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَت قِيمَتُهُ أَقَل مِن وَزنِهِ ثَمَانِيَةً يَضمَنُ قِيمَتَهُ جَيِّدًا مِن خِلَافِ جِنسِهِ أَو رَدِيئًا مِن جِنسِهِ وَتَكُونُ رَهنًا عِندَهُ، وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ أَمَّا عِندَهُمَا فَظَاهِرٌ وَكَذَلِكَ عِندَ مُحَمَّدٍ؛ لأَنَّهُ يَعتَبِرُ حَالَةَ الانكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَالهَلَاكُ عِندَهُ بِالقِيمَةِ وَفِي الوَجهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَت قِيمَتُهُ أَكثَرَ مِن وَزنِهِ اثنَي عَشَرَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ يَضمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ وَتَكُونُ رَهنًا عِندَهُ؛ لأَنَّ العِبرَةَ لِلوَزنِ عِندَهُ لا لِلجَودَةِ وَالرَّدَاءَةِ فَإِن كَانَ بِاعتِبَارِ الوَزنِ كُلِهِ مَضمُونًا يُجعَلُ كُلُّهُ مَضمُونًا، وَإِن كَانَ بَعضُهُ فَبَعضُهُ، وَهَذَا لأَنَّ الجَودَةَ تَابِعَةٌ لِلذَّاتِ، وَمَتَى صَارَ الأَصلُ مَضمُونًا استَحَالَ أَن يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يَضمَنُ خَمسَةَ أَسدَاسِ قِيمَتِهِ، وَيَكُونُ خَمسَةُ أَسدَاسِ الإِبرِيقِ لَهُ بِالضَّمَانِ وَسُدُسُهُ يُفرَزُ حَتَّى لا يَبقَى الرَّهنُ شَائِعًا، وَيَكُونُ مَعَ قِيمَتِهِ خَمسَةُ أَسدَاسِ المَكسُورِ رَهنًا؛ فَعِندَهُ تُعتَبَرُ الجَودَةُ وَالرَّدَاءَةُ، وَتُجعَلُ زِيَادَةُ القِيمَةِ كَزِيَادَةِ الوَزنِ كَأَنَّ وَزنَهُ اثنَا عَشَرَ، وَهَذَا لأَنَّ الجَودَةَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا حَتَّى تُعتَبَرَ عِندَ المُقَابَلَةِ بِخِلَافِ جِنسِهَا، وَفِي تَصَرُّفِ المَرِيضِ، وَإِن كَانَت لا تُعتَبَرُ عِندَ المُقَابَلَةِ بِجِنسِهَا سَمعًا فَأَمكَنَ اعتِبَارُهَا، وَفِي بَيَانِ قَولِ مُحَمَّدٍ نَوعُ طُولٍ يُعرَفُ فِي مَوضِعِهِ مِن المَبسُوطِ وَالزِّيَادَاتِ مَعَ جَمِيعِ شُعَبِهَا

الشرح:

(قَال: وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) قَدْ عَلِمْت أَنَّ كُل مَا يُمْكِنُ الاسْتِيفَاءُ مِنْهُ جَازَ أَنْ يُرْهَنَ بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ فَيَجُوزُ رَهْنُهَا، فَإِنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِهَا وَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِنْ الدَّيْنِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الجَوْدَةِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِالجَوْدَةِ لِسُقُوطِهَا عِنْدَ المُقَابَلَة بِجِنْسِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: يَضْمَنُ القِيمَةَ مِنْ خِلاف جِنْسِه وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ، وَأَتَى بِرِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لاحْتِيَاجِهَا إلَى تَفْصِيل ذِكْرِهِ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ بِمَا فِيه) يَعْنِي فَذَلِكَ الرَّهْنُ يُبَاعُ بِمُقَابَلَة الدَّيْنِ كُله. وَقَوْلُهُ (فِي الوَجْهَيْنِ) يُرِيدُ بِه مَا يَكُونُ قِيمَتُهُ مِثْل وَزْنِه أَوْ أَكْثَرَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب. وَقَوْلُهُ (عَلَى الخِلاف المَذْكُور) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ القِيمَةَ مِنْ خِلاف جِنْسِه، وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَتَمَلكُهُ) يَعْنِي الرَّاهِنُ يَتَمَلكُ الرَّهْنَ الذِي جُعِل مَكَانَ الرَّهْنِ الأَوَّل.

وَقَوْلُهُ (وَاسْتِيفَاءُ الجَيِّد بالرَّدِيءِ جَائِزٌ) قَال فِي النِّهَايَة: هَكَذَا وَقَعَ فِي النُّسَخ، وَلكِنَّ الأَصَحَّ أَنْ يُقَال: وَاسْتِيفَاءُ الرَّدِيءِ بالجَيِّد جَائِزٌ، وَإِنَّمَا قُلنَا إنَّ هَذَا أَصَحُّ لوَجْهَيْن: أَحَدُهُمَا أَنَّ الاسْتِدْلال بقَوْله كَمَا إذَا تَجوَّزَ به أَيْ فِي بَدَل الصَّرْف وَالسَّلم يُؤْذنُ أَنَّ الأَصَحَّ أَنْ يُقَال: وَاسْتِيفَاءُ الرَّدِيءِ بالجَيِّد، لأَنَّ التَّجوُّزَ إنَّمَا يُسْتَعْمَلُ فِيمَا إذَا أَخذَ الرَّدِيءَ مَكَانَ الجَيِّد، وَلأَنَّ جَوَازَ اسْتِيفَاءِ الجَيِّد بالرَّدِيءِ لا شُبْهَةَ لأَحَدٍ فِيه فَلا يَحْتَاجُ إلى الاسْتِدْلال بشَيْءٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي الاسْتِدْلال بوَضْعِ المَسْأَلة، فَإنَّ وَضْعَ المَسْأَلة فِيمَا إذَا اسْتَوْفَى المُرْتَهنُ بعَشَرَته قِيمَةَ إبْرِيقٍ هِيَ أَقَلُّ مِنْ العَشَرَة لرَدَاءَته فَكَانَ المُرْتَهنُ مُسْتَوْفيًا الرَّدِيءَ بمُقَابَلة جَيِّده. وَأَرَى أَنَّ مَا فِي النُّسَخ حَقٌّ وَيُفِيدُ مَا يَرُومُهُ صَاحِبُ النِّهَايَة رَحِمَهُ اللهُ فَلْيُتَأَمَّل.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ حَصَل الاسْتِيفَاءُ بالإجْمَاعِ) لمَا عُرفَ أَنَّ بقَبْضِ الرَّهْنِ يَثْبُتُ الاسْتِيفَاءُ وَلا يَنْتَقِضُ إلا بالرَّدِّ، وَالفَرْضُ عَدَمُهُ، وَلا يُمْكنُ نَقْضُهُ بإيجَاب الضَّمَان لأَنَّهُ لا بُدَّ لهُ مِنْ مُطَالبٍ وَهُوَ إمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّاهنَ أَوْ المُرْتَهنَ، لا سَبِيل إلى الأَوَّل لكَوْنه مُتَعَنِّتًا لطَلبه مَا يَضُرُّهُ، وَلا المُرْتَهنِ لأَنَّهُ مُطَالبٌ فَلا يَكُونُ مُطَالبًا، وَلأَنَّهُ يَلزَمُ تَضْمِينُ الإنْسَان ملكَ نَفْسه لنَفْسه، وَإذَا لمْ يُمْكنْ نَقْضُهُ تَعذَّرَ التَّضْمِينُ. وَقَوْلُهُ (قِيل وَهَذه فُرَيْعَةُ مَا إذَا إلخْ) إنَّمَا يُتَصَوَّرُ جَعْلُهَا فُرَيْعَةَ تلكَ بنَاءً عَلى مَا رَوَى عِيسَى بْنُ أَبَانَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي تلكَ المَسْأَلة. وَأَمَّا عَلى الرِّوَايَة المَشْهُورَة فَلا يُتَصَوَّرُ لأَنَّ مُحَمَّدًا فِيهَا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَفِي هَذه مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَقَوْلُهُ (وَالفَرْقُ لمُحَمَّدٍ) يَعْنِي عَلى تَقْدِيرِ أَنْ تَكُونَ هَذه المَسْأَلةُ بنَاءً عَلى تلكَ المَسْأَلة أَنَّهُ أَيْ رَبَّ الدَّيْنِ قَبَضَ الزُّيُوفَ ليَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ مِنْ عَيْنهَا: أَيْ أَنْ يَكُونَ عَيْنُهَا مَقَامَ مَا لهُ عَليْه مِنْ الدَّيْنِ وَالزِّيَافَةُ لا تَمْنَعُ الاسْتِيفَاءَ وَقَدْ تَمَّ بالهَلاك، وَللمُرْتَهنِ قَبْضُ الرَّهْنِ ليَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَكَانَ قَابلا لرَدِّه بالضَّمَان وَأَخْذ مِثْل حَقِّه فَيَنْتَقِضُ القَبْضُ. وَوَجْهُ البنَاءِ مَا قِيل إنَّ الزَّيْفَ مَقْبُوضٌ للاسْتِيفَاءِ فَيَكُونُ بمَنْزِلة المَقْبُوضِ لحَقِيقَة الاسْتِيفَاء، وَهُنَاكَ المُسْتَوْفِي إذَا تَعذَّرَ رَدُّهُ بالهَلاك يَسْقُطُ حَقُّهُ وَلا يَرْجِعُ بشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لمَكَان الجَوْدَة فَكَذَا فِي الرَّهْنِ، وَعِنْدَهُمَا هُنَاكَ يَضْمَنُ مِثْل المُسْتَوْفَى وَيُقَامُ رَدُّ المِثْل مَقَامَ رَدِّ العَيْنِ لمُرَاعَاة حَقِّه فِي الجَوْدَة فَكَذَلكَ فِي الرَّهْنِ. قَال شَيْخُ الإسْلامِ رَحِمَهُ

اللهُ فِي مَبْسُوطِهِ: وَلَكِنْ جَعْلُهُ هَذِهِ المَسْأَلَةَ مُبْتَدَأَةً أَوْلَى، لأَنَّهُ وَجَدَ هَاهُنَا لِلْمُرْتَهِنِ الرِّضَا بِالاسْتِيفَاءِ مِنْ الرَّهْنِ عِنْدَ الهَلاكِ لِعِلْمِهِ أَنَّ بِالهَلاكِ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ وَلَمْ يُوجَدْ ثَمَّةَ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ انْكَسَرَ الإِبْرِيقُ) كَانَ الكَلامُ فِيمَا مَرَّ مِنْ حَيْثُ هَلاكُ الرَّهْنِ وَهَاهُنَا مِنْ حَيْثُ انْكِسَارُهُ، **وَلَوْ انْكَسَرَ الإِبْرِيقُ وَكَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْل وَزْنِه** قَال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى الفِكَاكِ لأَنَّهُ إِنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ ذَهَابِ شَيْءٍ مِنْ الدَّيْنِ أَوْ مَعَ كَمَالِهِ وَهُوَ نُقْصَانٌ مِنْ جِهَةِ الرَّهْنِ، لا وَجْهَ إِلَى الأَوَّلِ لأَنَّهُ: أَيْ المُرْتَهِنُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِالجَوْدَةِ عَلَى الانْفِرَادِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَنْقُصْ مِنْ الدَّيْنِ إلا فِي مُقَابَلَةِ مَا فَاتَ مِنْ جَوْدَةِ الإِبْرِيقِ بِالكَسْرِ وَذَلِكَ رِبًا، وَلا إِلَى الثَّانِي لِمَا فِيهِ مِنْ الإِضْرَارِ بِالرَّاهِنِ لأَنَّ المُرْتَهِنَ قَبَضَ الرَّهْنَ سَلِيمًا عَنْ العَيْبِ وَبِالانْكِسَارِ صَارَ مَعِيبًا فَيَصِلُ إِلَيْهِ حَقُّهُ نَاقِصًا إِذْ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ وَذَلِكَ ضَرَرٌ بِهِ لا مَحَالَةَ فَخَيَّرْنَاهُ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ بِمَا فِيهِ: أَيْ بِالدَّيْنِ الذِي فِي المَكْسُورِ وَهُوَ جَمِيعُ الدَّيْنِ، وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَ المُرْتَهِنُ قِيمَتَهُ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ خِلافِ جِنْسِهِ مَصُوغًا فَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ المُرْتَهِنِ وَيَمْلِكُ المَكْسُورَ بِالضَّمَانِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ نَاقِصًا، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالدَّيْنِ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلاكِ، وَهَذَا لأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا: يَعْنِي لَمَّا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنْ الدَّيْنِ وَلا أَنْ يَفْتَكَّهُ مَعَ النُّقْصَانِ بَقِيَ أَنْ يَفْتَكَّهُ مَجَّانًا وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الهَلاكِ فِي تَعَذُّرِ الفِكَاكِ وَفِي الحَقِيقِيِّ مِنْ الهَلاكِ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ بِالإِجْمَاعِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ. وَقُلْنَا: الاسْتِيفَاءُ عِنْدَ هَلاكِ الرَّهْنِ اسْتِيفَاءٌ بِالمَالِيَّةِ، وَكُلُّ مَا هُوَ اسْتِيفَاءٌ عِنْدَ الهَلاكِ بِالمَالِيَّةِ فَطَرِيقُهُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ لِفَوَاتِ عَيْنِهِ، ثُمَّ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بَيْنَ الدَّيْنَيْنِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ، وَفِي جَعْلِهِ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ إِغْلاقُ الرَّهْنِ وَهُوَ الاحْتِبَاسُ الكُلِّيُّ بِأَنْ يَصِيرَ الرَّهْنُ مَمْلُوكًا كَالمُرْتَهِنِ وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالقِيمَةِ أَوْلَى.

وَفِي عِبَارَتِهِ تَسَامُحٌ، وَالحَقُّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالقِيمَةِ وَاجِبًا أَوْ صَوَابًا أَوْ الصَّحِيحُ أَوْ مَا شَاكَلَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الوَجْهِ الثَّالِثِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ وَزْنِهِ)

بِأَنْ يَكُونَ الوَزْنُ عَشَرَةً كَالدَّيْنِ وَقِيمَتُهُ ثَمَانِيَةٌ لِوُجُودِ عَشَرَةٍ فِيهِ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ جَيِّدًا مِنْ خِلافِ جِنْسِهِ احْتِرَازًا عَنْ الرِّبَا أَوْ رَدِيئًا مِنْ جِنْسِهِ، وَيَكُونُ المَضْمُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ إِلَى أَنْ يَحِلَ الأَجَلُ وَيَكُونُ المَكْسُورُ لَهُ، وَهَذَا بِالاتِّفَاقِ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ كَمَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ فِي حَالَةِ الانْكِسَارِ عَلَى مَا مَرَّ، وَكَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ يُعْتَبَرُ الانْكِسَارُ بِالهَلاكِ، وَالهَلاكُ عِنْدَهُ بِالقِيمَةِ: يَعْنِي فِي هَذَا الفَصْلِ، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ الإِبْرِيقِ أَقَلَّ مِنْ وَزْنِهِ لا بِالدَّيْنِ فَكَذَا الانْكِسَارُ، وَإِنَّمَا قَدَّمَ الوَجْهَ الثَّالِثَ عَلَى الثَّانِي لاحْتِيَاجِ الثَّانِي إِلَى زِيَادَةِ بَيَانٍ فِيهِ طُولٌ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ وَزْنُهُ عَشَرَةً كَالدَّيْنِ وَقِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهِ اثْنَيْ عَشَرَ لِجَوْدَةٍ وَصِنَاعَةٍ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ وَيَمْلِكُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الإِبْرِيقِ وَيُفْرِزُ سُدُسَهُ حَذَرًا عَنْ طَرَيَانِ الشُّيُوعِ، فَإِنَّ الطَّارِئَ مِنْهُ فِيهِ كَالمُقَارِنِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ النَّقْصَ بِالانْكِسَارِ إِنْ كَانَ دِرْهَمًا أَوْ دِرْهَمَيْنِ يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى الفِكَاكِ بِقَضَاءِ جَمِيعِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ يُخَيَّرُ الرَّاهِنُ بَيْنَ أَنْ يُجْعَلَ الرَّهْنُ لِلْمُرْتَهِنِ بِدَيْنِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ بِقَضَاءِ جَمِيعِ الدَّيْنِ وَوَجْهُ قَوْلِ. أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ العِبْرَةَ فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ لِلْوَزْنِ لا لِلْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ كُلِّهِ مَضْمُونًا كَمَا إِذَا كَانَ وَزْنُ الرَّهْنِ مِثْلَ وَزْنِ الدَّيْنِ جُعِلَ الرَّهْنُ كُلُّهُ مَضْمُونًا مِنْ حَيْثُ القِيمَةُ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ مَضْمُونًا كَمَا إِذَا كَانَ وَزْنُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنْ وَزْنِ الدَّيْنِ فَبَعْضُهُ مَضْمُونٌ وَهُوَ مِقْدَارُ الدَّيْنِ لا الزَّائِدُ عَلَيْهِ. وَتَنْقَسِمُ الجَوْدَةُ عَلَى المَضْمُونِ وَالأَمَانَةِ، فَحِصَّةُ المَضْمُونِ مَضْمُونَةٌ وَغَيْرُهَا أَمَانَةٌ وَهَذَا لأَنَّ الجَوْدَةَ تَابِعَةٌ لِلذَّاتِ، وَمَتَى صَارَ الأَصْلُ مَضْمُونًا اسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً، وَفِي مَسْأَلَتِنَا كَانَ كُلُّهُ مَضْمُونًا مِنْ حَيْثُ الوَزْنُ لأَنَّ الفَرْضَ أَنَّ وَزْنَ الرَّهْنِ مِثْلُ وَزْنِ الدَّيْنِ فَيَكُونُ كُلُّهُ مَضْمُونًا مِنْ حَيْثُ القِيمَةُ لِئَلا يَكُونَ حُكْمُ البَيْعِ مُخَالِفًا لِحُكْمِ الأَصْلِ. وَالفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ حَالَةِ الهَلاكِ أَنَّ حَالَةَ الهَلاكِ حَالَةُ اسْتِيفَاءٍ فَيَقَعُ الفَضْلُ أَمَانَةً، وَهَذِهِ الحَالَةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ عِنْدَهُ بَلْ هِيَ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ فِي كَوْنِهَا عَلَى خِلافِ رِضَا الرَّاهِنِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ كَالمَغْصُوبِ، لَكِنْ بِخِلافِ جِنْسِهِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الضَّمَانَ وَالأَمَانَةَ يَشِيعُ فِي الوَزْنِ وَالجَوْدَةِ؛ لأَنَّ

الجَوْدَةَ مُتقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ (بِخِلافِ جِنْسِهَا وَفِي تَصَرُّفِ المَرِيضِ) فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَ قَلْبًا وَزْنُهُ عَشَرَةٌ وَقِيمَتُهُ عِشْرُونَ بِعَشَرَةٍ لَمْ يُسَلِّمْ لِلمُشْتَرِي وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنْ الثُّلُثِ، وَإِهْدَارُهَا عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِالجِنْسِ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ لا لِكَوْنِهَا هَدَرًا فِي ذَاتِهَا فَكَانَتْ زِيَادَةُ القِيمَةِ بِالجَوْدَةِ كَالزِّيَادَةِ فِي الوَزْنِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهَا، وَيَصِيرُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الإِبْرِيقِ مَضْمُونًا لِجَوْدَتِهِ وَصَنْعَتِهِ وَسُدُسُهُ أَمَانَةٌ، فَالتَّغَيُّرُ بِالانْكِسَارِ فِيمَا هُوَ أَمَانَةٌ لا يُعْتَبَرُ وَفِيمَا هُوَ مَضْمُونٌ يُعْتَبَرُ. وَحَالَةُ الانْكِسَارِ لَيْسَتْ بِحَالَةِ الاسْتِيفَاءِ عِنْدَهُ أَيْضًا فَيَضْمَنُ قِيمَةَ خَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ مِنْ خِلافِ جِنْسِهِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الوَزْنَ مَضْمُونٌ وَالجَوْدَةَ أَمَانَةٌ لِلمُنَاسَبَةِ، لأَنَّ الجَوْدَةَ تَابِعَةٌ لِلوَزْنِ لا تَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصِفَةُ الأَمَانَةِ فِي المَرْهُونِ كَذَلِكَ فَيُجْعَلُ الأَصْلُ فِي مُقَابَلَةِ الأَصْلِ وَالتَّبَعُ بِمُقَابَلَةِ التَّبَعِ، وَإِذَا ظَهَرَ ذَلِكَ فَإِنْ زَادَ النُّقْصَانُ عَلَى الدِّرْهَمَيْنِ وَقَعَ النُّقْصَانُ فِي المَضْمُونِ وَهُوَ العَشَرَةُ بِالانْكِسَارِ، وَالانْكِسَارُ عِنْدَهُ كَالهَلاكِ، وَفِي هَذَا الفَصْلِ عِنْدَ الهَلاكِ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الانْكِسَارِ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ وَيَتَخَيَّرُ الرَّاهِنُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ لَمْ يَزِدْ عَلَى الدِّرْهَمَيْنِ وَقَعَ النُّقْصَانُ فِي الأَمَانَةِ وَالرَّهْنِ، وَالمَضْمُونُ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ فَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى الفِكَاكِ كَمَا لَوْ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهُ شَيْءٌ. وَاعْلَمْ أَنَّ الدِّرْهَمَ وَالدِّرْهَمَيْنِ لَيْسَا بِحَدٍّ فَاصِلٍ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الفَاصِلُ نُقْصَانُ مِقْدَارِ الصِّنَاعَةِ كَائِنًا مَا كَانَ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الدِّرْهَمَانِ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي المَسْأَلَةِ مَفْرُوضَةٌ بِذَلِكَ.

قَالَ (وَمَن بَاعَ عَبدًا عَلى أَن يَرهَنَهُ المُشتَرِي شَيئًا بِعَينِهِ جَازَ استِحسَانًا) وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ، وَعَلى هَذَا القِيَاسِ وَالاستِحسَانِ إِذَا بَاعَ شَيئًا عَلى أَن يُعطِيَهُ كَفِيلا مُعَيَّنًا حَاضِرًا فِي المَجلِسِ فَقَبِلَ وَجهُ القِيَاسِ أَنَّهُ صَفقَةٌ فِي صَفقَةٍ وَهُوَ مَنهِيٌّ عَنهُ، وَلأَنَّهُ شَرطٌ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لأَحَدِهِمَا، وَمِثلُهُ يُفسِدُ البَيعَ وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ شَرطٌ مُلائِمٌ لِلعَقدِ؛ لأَنَّ الكَفَالَةَ وَالرَّهنَ لِلاستِيثَاقِ وَأَنَّهُ يُلائِمُ الوُجُوبَ، فَإِذَا كَانَ الكَفِيلُ حَاضِرًا فِي المَجلِسِ وَالرَّهنُ مُعَيَّنًا اعتَبَرنَا فِيهِ المَعنَى وَهُوَ مُلائِمٌ فَصَحَّ العَقدُ، وَإِذَا لَم يَكُن الرَّهنُ وَلا الكَفِيلُ مُعَيَّنًا أَو كَانَ الكَفِيلُ غَائِبًا حَتَّى افتَرَقَا لَم يَبقَ مَعنَى الكَفَالَةِ وَالرَّهنِ لِلجَهَالَةِ فَبَقِيَ الاعتِبَارُ لِعَينِهِ فَيَفسُدُ، وَلَو كَانَ غَائِبًا فَحَضَرَ فِي المَجلِسِ وَقَبِلَ صَحَّ (وَلَو امتَنَعَ المُشتَرِي عَن تَسلِيمِ

الرَّهنِ لم يُجبَر عليهِ) وَقَال زُفَرُ: يُجبَرُ؛ لأنَّ الرَّهنَ إذَا شُرطَ فِي البَيعِ صَارَ حَقًّا مِن حُقُوقِهِ كَالوَكَالةِ المَشرُوطَةِ فِي الرَّهنِ فَيلزَمُهُ بِلُزُومِهِ وَنَحنُ نَقُولُ: الرَّهنُ عَقدُ تَبَرُّعٍ مِن جَانِبِ الرَّاهِنِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ وَلا جَبرَ عَلى التَّبَرُّعَاتِ (وَلكِنَّ البَائعَ بِالخِيَارِ إن شَاءَ رَضِيَ بِتَركِ الرَّهنِ وَإن شَاءَ فَسَخَ البَيعَ)؛ لأنَّهُ وَصفٌ مَرغُوبٌ فِيهِ وَمَا رَضِيَ إلا بِهِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ (إلا أن يَدفَعَ المُشتَرِي الثَّمَنَ حَالا) لحُصُولِ المَقصُودِ (أَو يَدفَعَ قِيمَةَ الرَّهنِ رَهنًا)؛ لأنَّ يَدَ الاستِيفَاءِ تَثبُتُ عَلى المَعنَى وَهُوَ القِيمَةُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلى أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بِعَيْنِه إلخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَمْ يَبْقَ مَعْنَى الكَفَالةِ وَالرَّهْنِ للجَهَالة) يَعْنِي أَنَّ جَوَازَ العَقْد اسْتِحْسَانًا مَعَ وُجُودِ الشَّرْطِ إنَّمَا كَانَ بالنَّظَرِ إلى مَعْنَاهُ، وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَالكَفيلُ غَائبًا فَاتَ مَعْنَاهُ وَهُوَ الاسْتِيثَاقُ، لأَنَّ الْمُشْتَرِيَ رُبَّمَا يَأْتِي بِشَيْءٍ يُسَاوِي عُشْرَ حَقِّه أَوْ يُعْطِي كَفيلا غَيْرَ مَليءٍ، وَلَيْسَ فِي ذَلكَ مِنْ التَّوَثُّقِ شَيْءٌ فَبَقِيَ الاعْتِبَارُ لعَيْنِ الشَّرْطِ فَيَفْسُدُ العَقْدُ.

قَال (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا بِدرَاهِمَ فَقَال للبَائعِ أَمسِك هَذَا الثَّوبَ حَتَّى أُعطِيَك الثَّمَنَ فَالثَّوبُ رَهنٌ)؛ لأنَّهُ أَتَى بِمَا يُنبِئُ عَن مَعنَى الرَّهنِ وَهُوَ الحَبسُ إلى وَقتِ الإعطَاءِ، وَالعِبرَةُ فِي العُقُودِ للمَعَانِي حَتَّى كَانَت الكَفَالةُ بِشَرطِ بَرَاءَةِ الأَصِيل حَوَالةً، وَالحَوَالةُ فِي ضِدِّ ذَلكَ كَفَالةٌ وَقَال زُفَرُ: لا يَكُونُ رَهنًا، وَمِثلُهُ عَن أَبِي يُوسُفَ؛ لأنَّ قَولهُ: أَمسِك يَحتَمِلُ الرَّهنَ وَيَحتَمِلُ الإيدَاعَ، وَالثَّانِي أَقَلُّهُمَا فَيَقضِي بِثُبُوتِهِ بِخِلافِ مَا إذَا قَال: أَمسِكهُ بِدَينِك أَو بِمَالك؛ لأنَّهُ لَمَّا قَابَلهُ بِالدَّينِ فَقَد عَيَّنَ جِهَةَ الرَّهنِ قُلنَا: لَمَّا مَدَّهُ إلى الإعطَاءِ عَلمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهنُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَال للبَائِعِ أَمْسكْ هَذَا الثَّوْبَ حَتَّى أُعْطِيَك الثَّمَنَ) قِيل يُرِيدُ به ثَوْبًا غَيْرَ الْمُشْتَرَى. وَالصَّوَابُ أَنَّهُ وَغَيْرَهُ سَوَاءٌ، وَلوْ قَال أَمْسكْهُ بدَيْنِك أَوْ قَال أَمْسكْهُ رَهْنًا حَتَّى أُعْطِيَك ثَمَنَك فَهُوَ رَهْنٌ بلا خلاف. وَقَوْلُهُ (عُلمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنُ) لأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ هُوَ الحَبْسُ الدَّائمُ إلى وَقْتِ الفكَاك، فَإِذَا صَرَّحَ بِهَذَا عُلمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنُ.

فصل

(وَمَن رَهَنَ عَبدَينِ بِأَلفٍ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا لم يَكُن لهُ أَن يَقبِضَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَاقِيَ الدَّينِ) وَحِصَّةُ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مَا يَخُصُّهُ إِذَا قُسِّمَ الدَّينُ عَلى قِيمَتِهِمَا، وَهَذَا؛ لأَنَّ الرَّهنَ مَحبُوسٌ بِكُل الدَّينِ فَيَكُونُ مَحبُوسًا بِكُل جُزءٍ مِن أَجزَائِهِ مُبَالَغَةً فِي حَمله عَلى قَضَاءِ الدَّينِ وَصَارَ كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، فَإِن سَمَّى لِكُل وَاحِدٍ مِن أَعيَانِ الرَّهنِ شَيئًا مِن المَال الذِي رَهَنَهُ بِهِ، فَكَذَا الجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الأَصل: وَفِي الزِّيَادَاتِ: لهُ أَن يَقبِضَهُ إِذَا أَدَّى مَا سَمَّى لهُ وَجهُ الأَوَّل أَنَّ العَقدَ مُتَّحِدٌ لا يَتَفَرَّقُ بِتَفرُّقِ التَّسمِيَةِ كَمَا فِي المَبِيعِ وَجهُ الثَّانِي أَنَّهُ لا حَاجَةَ إِلى الاتِّحَادِ؛ لأَنَّ أَحَدَ العَقدَينِ لا يَصِيرُ مَشرُوطًا فِي الآخَرِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لو قَبِل الرَّهنَ فِي أَحَدِهِمَا جَازَ.

الشرح:

(**فَصْلٌ**) وَجْهُ الفَصْل كَوْنُ الرَّهْنِ مُتَعَدِّدًا وَلا خَفَاءَ فِي تَأَخُّرِ التَّعَدُّدِ عَنْ الإِفْرَادِ.
قَوْلُهُ (وَصَارَ كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ) فِي أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا أَدَّى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا مِنْ الثَّمَنِ فِي البَيْعِ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ أَخْذِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَاقِيَ الثَّمَنِ، فَإِذَا سَمَّى لِكُل وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا كَمَا لوْ **رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلفٍ، كُل عَبْدٍ بِخَمْسمِائَةٍ ثُمَّ قَضَاهُ خَمْسَمِائَةٍ** فَكَذَلكَ الجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الأَصْل.

وَفِي الزِّيَادَاتِ لهُ أَنْ يَقْبِضَ إِذَا أَدَّى مَا سَمَّى، وَوَجْهُ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (أَلا يُرَى) تَوْضِيحٌ لِذَلكَ، فَإِنَّهُ لَمَّا تَمَكَّنَ المُرْتَهِنُ مِنْ تَفْرِيقِ القَبُول فِي الابْتِدَاءِ وَجَبَ أَنْ يَتَمَكَّنَ الرَّاهِنُ مِنْ تَفْرِيقِ القَبْضِ فِي الانْتِهَاءِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الصَّفْقَةَ تَتَفَرَّقُ فِي بَابِ الرَّهْنِ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ فَكَأَنَّهُ رَهَنَ كُل عَبْدٍ بِعَقْدٍ عَلى حِدَةٍ، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّهَا لا تَتَفَرَّقُ فِيهِ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ، بِدَليل أَنَّهُ لوْ بَاعَهُ عَبْدَيْنِ بِأَلفٍ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسمِائَةٍ فَقَبِل المُشْتَرِي العَقْدَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الآخَرِ لمْ يَجُزْ كَمَا فِي حَالةِ الإِجْمَال، وَهَذَا لأَنَّ البَيْعَ عَقْدُ تَمْليكٍ وَالهَلاكُ قَبْل القَبْضِ يُبْطِلُهُ، فَبَعْدَمَا نَقَدَ بَعْضَ الثَّمَنِ لوْ تَمَكَّنَ مِنْ قَبْضِ بَعْضِ المَعْقُودِ عَليْهِ أَدَّى إِلى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ قَبْل التَّمَامِ بِأَنْ يَهْلكَ مَا بَقِيَ فَيَنْفَسِخُ البَيْعُ فِيهِ، بِخِلافِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ بِالهَلاكِ يَنْتَهِي حُكْمُ الرَّهْنِ لِحُصُول المَقْصُودِ بِهِ، كَمَا أَنَّ بِالافْتِكَاكِ يَنْتَهِي حُكْمُ الرَّهْنِ فَلوْ تَمَكَّنَ مِنْ اسْتِرْدَادِ البَعْضِ عِنْدَ

قَضَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ لَمْ يُؤَدِّ ذَلكَ إلى تَفْرِيقِ الصَّفْقَة، لأَنَّ أَكْثَرَ مَا فيه أَنْ يَهْلكَ مَا بَقِيَ فَيَنْتَهِي حُكْمُ الرَّهْنِ فيه.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا فِي حَالَةِ الإجْمَال مَوْجُودٌ. قُلْنَا: نَعَمْ، وَلكِنْ حِصَّةُ كُل عَبْدٍ مِنَ الدَّيْنِ فِيهَا غَيْرُ مَعْلُومٍ بِيَقِينٍ، فَرُبَّمَا كَانَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ أَكْثَرَ قِيمَةً مِثْلُ أَنْ يُسَاوِيَ أَحَدُهُمَا أَلفًا وَالآخرُ أَلفَيْنِ وَرَهَنَهُمَا بثلاثَة آلاف أَحَدُهُمَا بألف وَالآخرُ بِأَلفَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ هَذَا مِنْ ذَاكَ وَأَرَادَ الرَّاهِنُ فكَاكَ الذي قِيمَتُهُ أَلفَان فَأَدَّى أَلفًا وَيَقُولُ هَذَا الذي رَهَنْته بِأَلفٍ وَالمُرْتَهِنُ يَقُولُ بَل هَذَا رُهِنَ بِأَلفَيْنِ، فَكَانَ ذَلكَ جَهَالَةً تُفْضِي إلى المُنَازَعَة. فَأَمَّا عِنْدَ التَّفْصِيل فَحِصَّةُ كُل عَبْد مَعْلُومَةٌ بِالتَّسْمِيَةِ لا جَهَالَةَ هُنَاكَ تُفْضِي إلى المُنَازَعَة، فلهَذَا تَمَكَّنَ مِنْ فِكَاكِ البَعْضِ بِقَضَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ.

قَال (فَإِن رَهَنَ عَينًا وَاحِدَةً عِندَ رَجُلَينِ بِدَينٍ لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا عَليهِ جَازَ، وَجَمِيعُهَا رَهنٌ عِندَ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا)؛ لأَنَّ الرَّهنَ أُضِيفَ إلى جَمِيعِ العَينِ فِي صَفقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلا شُيُوعَ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ صَيرُورَتُهُ مُحتَبِسًا بِالدَّينِ، وَهَذَا مِمَّا لا يَقبَلُ الوَصفَ بِالتَّجَزِّي فَصَارَ مَحبُوسًا بِكُل وَاحِدٍ مِنهَا، وَهَذَا بِخِلافِ الهِبَةِ مِن رَجُلَينِ حَيثُ لا تَجُوزُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (فَإِن تَهَايَآ فَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي نَوبَتِهِ كَالعَدل فِي حَقِّ الآخَرِ) قَال (وَالمَضمُونُ عَلى كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا حِصَّتُهُ مِن الدَّينِ)؛ لأَنَّ عِندَ الهَلاكِ يَصِيرُ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُستَوفِيًا حِصَّتَهُ؛ إذ الاستِيفَاءُ مِمَّا يَتَجَزَّأُ قَال (فَإِن أَعطَى أَحَدُهُمَا دَينَهُ كَانَ كُلُّهُ رَهنًا فِي يَدِ الآخَرِ)؛ لأَنَّ جَمِيعَ العَينِ رَهنٌ فِي يَدِ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مِن غَيرِ تَفَرُّقٍ وَعَلى هَذَا حَبسُ المَبِيعِ إذَا أَدَّى أَحَدُ المُشتَرِيَينِ حِصَّتَهُ مِن الثَّمَنِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ إلخ) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لكَوْنهمَا شَرِيكَيْنِ فِي الدَّيْنِ أَوْ غَيْرِه، وَلا لكَوْنِ الدَّيْنَيْنِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ بِأَنْ يَكُونَ دَيْنُ أَحَدهمَا دَرَاهِمَ وَدَيْنُ الآخَرِ دَنَانِيرُ لأَنَّ الكُل فِي ذَلكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الرَّهْنَ أُضِيفَ إلى جَمِيعِ العَيْنِ فِي صَفْقَة وَاحِدَة وَلا شُيُوعَ فِيه) قِيل هُوَ مَنْقُوضٌ بِمَا إذَا بَاعَ مِنْ رَجُلَيْنِ أَوْ وَهَبَ مِنْ رَجُلَيْنِ عَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُمَا الله، فَإِنَّ العَقْدَ فِيهِمَا أُضِيفَ إلى جَمِيعِ العَيْنِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَفِيه الشُّيُوعُ

حَتَّى كَانَ المَبِيعُ وَالمَوْهُوبُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ كَمَا لَوْ نَصَّ عَلَى المُنَاصَفَةِ. وَالجَوَابُ أَنَّ إِضَافَةَ العَقْدِ إِلَى اثْنَيْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِيمَا يَكُونُ العَقْدُ مُفِيدًا لِلْمِلْكِ كَالهِبَةِ وَالبَيْعِ فَإِنَّ العَيْنَ الوَاحِدَةَ لا يُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لِشَخْصَيْنِ عَلَى الكَمَالِ فَتُجْعَلُ شَائِعَةً تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا لِلْجَوَازِ، وَالرَّهْنُ غَيْرُ مُفِيدٍ لِلْمِلْكِ وَإِنَّمَا يُفِيدُ الاحْتِبَاسَ، وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ العَيْنُ الوَاحِدَةُ مُحْتَبِسَةً لِحَقَّيْنِ عَلَى الكَمَالِ فَيَمْتَنِعُ الشُّيُوعُ فِيهِ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ لِكَوْنِ القَبْضِ لا بُدَّ مِنْهُ فِي الرَّهْنِ، وَالشُّيُوعُ يَمْنَعُ عَنْهُ، وَهَذَا هُوَ الجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي جَعْلِ ذَلِكَ شَائِعًا مَانِعًا عَنْ الهِبَةِ دُونَ الرَّهْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالعَدْلِ فِي حَقِّ الآخَرِ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّ ارْتِهَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَاقٍ مَا لَمْ يَصِلِ الرَّهْنُ إِلَى الرَّاهِنِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ جَمِيعَ العَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ تَفَرُّقٍ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ المُرْتَهِنَ الَّذِي اسْتَوْفَى حَقَّهُ انْتَهَى مَقْصُودُهُ مِنْ الرَّهْنِ وَهُوَ كَوْنُهُ وَسِيلَةً إِلَى الاسْتِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ بِالاسْتِيفَاءِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الآخَرِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ مِنْ غَيْرِ نِيَابَةٍ عَنْ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي أَنْ لا يَسْتَرِدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ إِلَى الأَوَّلِ مِنْ الدَّيْنِ عِنْدَ الهَلاكِ لَكِنَّهُ يَسْتَرِدُّهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ارْتِهَانَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَاقٍ مَا لَمْ يَصِلِ الرَّهْنُ إِلَى الرَّاهِنِ كَمَا ذَكَرْنَا، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ مِنْ نِصْفِ مَالِيَّةِ الرَّهْنِ، فَإِنَّ فِيهِ وَفَاءً بِدَيْنِهِمَا، فَتَبَيَّنَ أَنَّ القَابِضَ اسْتَوْفَى حَقَّهُ مَرَّتَيْنِ فَعَلَيْهِ رَدُّ مَا قَبَضَهُ ثَانِيًا.

قَالَ (وَإِنْ رَهَنَ رَجُلانِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِمَا رَجُلًا رَهْنًا وَاحِدًا فَهُوَ جَائِزٌ وَالرَّهْنُ رَهْنٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمْسِكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ يَحْصُلُ فِي الكُلِّ مِنْ غَيْرِ شُيُوعٍ (فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّهُ رَهَنَهُ كُلَّ العَبْدِ، وَلا وَجْهَ إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالكُلِّ؛ لِأَنَّ العَبْدَ الوَاحِدَ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ رَهْنًا لِهَذَا وَكُلُّهُ رَهْنًا لِذَلِكَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلا إِلَى القَضَاءِ بِكُلِّهِ لِوَاحِدٍ بِعَيْنِهِ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَلا إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الشُّيُوعِ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهِمَا وَتَعَيَّنَ التَّهَاتُرُ وَلا يُقَالُ: إِنَّهُ يَكُونُ رَهْنًا لَهُمَا كَأَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ بَيْنَهُمَا، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ هَذَا وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ لِأَنَّا نَقُولُ: هَذَا عَمَلٌ عَلَى خِلافِ مَا اقْتَضَتْهُ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ حَبْسًا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مِثْلِهِ فِي

الاستيفاء، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملا على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس: هذا باطل، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره، وصار كإذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات؛ لأنه يقبل الانقسام، والله أعلم.

الشرح:

قال (وَإِنْ رَهَنَ رَجُلان بدَيْنٍ عَلَيْهِمَا رَجُلا رَهْنًا إلخ) هَذه عَكْسُ المَسْأَلة التي تَقَدَّمَتْ وَهيَ وَاضحَةٌ. وَمنْ شُعَبهَا مَا إذَا كَانَ في يَد رَجُلٍ ادَّعَاهُ رَجُلٌ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ بدَيْنٍ لهُ عَلَيْه وَقَبَضَهُ وَأَقَامَ عَلَى ذَلكَ بَيِّنَةً وَادَّعَاهُ آخرُ كَذَلكَ وَهُوَ أَحَدُ الوُجُوه فيهَا، وَجُمْلَتُهَا أَنَّ العَبْدَ إمَّا أَنْ يَكُونَ في أَيْديهمَا أَوَّلا في يَد وَاحد أَوْ في يَد أَحَدهمَا، فَإِنْ كَانَ في يَد أَحَدهمَا فَهُوَ أَوْلَى به لأَنَّ تَمَكُّنَهُ منْ القَبْض دَليلُ سَبْق عَقْده كَمَا في الشِّرَاء وَقَدْ تَقَدَّمَ، إلا أَنْ يُقيمَ الآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ الأَوَّلُ فَإِنَّهُ صَريحٌ في السَّبْق وَهُوَ يَفُوقُ الدَّلالَةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ في يَد وَاحد منْهُمَا فَهُوَ المَذْكُورُ في الكتَاب أَوَّلا وَكَلامُهُ فيه وَاضحٌ. وَإِنْ كَانَ في أَيْديهمَا فَإِنْ عُلمَ الأَوَّلُ منْهُمَا فَهُوَ أَوْلَى، وَإِنْ لَمْ يُعْلمْ فَهُوَ مَسْأَلَةُ الكتَاب عَلَى مَا ذُكرَ فيهَا منْ القيَاس وَالاسْتحْسَان.

قَال مُحَمَّدٌ رَحمَهُ اللهُ في الأَصْل: وَبه أَيْ بالقيَاس نَأْخُذُ، وَوَجْهُهُ مَا ذُكرَ في الكتَاب. وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّهْن منْ رَجُلَيْن أَنَّ حَقَّ كُل وَاحد منْهُمَا ثَمَّةَ يَثْبُتُ في جَميع الرَّهْن، حَتَّى إذَا قَضَى دَيْنَ أَحَدهمَا فَهُوَ رَهْنٌ كُلُّهُ عنْدَ الآخَر حَتَّى يَقْضيَ دَيْنَهُ لوُجُود الرِّضَا منْ كُل وَاحد منْهُمَا بثُبُوت حَقِّ صَاحبه في الحَبْس مَعَهُ، وَهَاهُنَا كُلُّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ رَاضٍ بِذَلِكَ، وَقَدْ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ إِلى هَذَا فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: لأَنَّا نَقُولُ هَذَا عَمَلٌ عَلَى خِلافِ مَا اقْتَضَتْهُ الحُجَّةُ إلخْ، وَبَاقِي كَلامِهِ وَاضِحٌ وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

باب الرهن يوضع على يدي العدل

(قَال وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى وَضعِ الرَّهنِ عَلَى يَدِ العَدلِ جَازَ وَقَال مَالكٌ: لا يَجُوزُ) ذَكَرَ قَولَهُ فِي بَعضِ النُّسَخِ؛ لأَنَّ يَدَ العَدلِ يَدُ المَالكِ وَلهَذَا يَرجِعُ العَدلُ عَليهِ عِندَ الاستِحقَاقِ فَانعَدَمَ القَبضُ وَلنَا أَنَّ يَدَهُ عَلَى الصُّورَةِ يَدُ المَالكِ فِي الحِفظِ؛ إذ العَينُ أَمَانَةٌ، وَفِي حَقِّ المَاليَّةِ يَدُ المُرتَهِنِ؛ لأَنَّ يَدَهُ يَدُ ضَمَانٍ وَالمَضمُونُ هُوَ المَاليَّةُ فَنُزِّل مَنزِلةَ الشَّخصَينِ تَحقِيقًا لمَا قَصَدَاهُ مِن الرَّهنِ، وَإِنَّمَا يَرجِعُ العَدلُ عَلى المَالكِ فِي الاستِحقَاقِ؛ لأَنَّهُ نَائِبٌ عَنهُ فِي حِفظِ العَينِ كَالمُودَعِ قَال (وَليسَ للمُرتَهِنِ وَلا للرَّاهِنِ أَن يَأخُذَهُ مِنهُ) لتَعَلُّقِ حَقِّ الرَّاهِنِ فِي الحِفظِ بِيَدِهِ وَأَمَانَتِهِ وَتَعَلُّقِ حَقِّ المُرتَهِنِ بِهِ استِيفَاءً فَلا يَملكُ أَحَدُهُمَا إبطَال حَقِّ الآخَرِ (فَلو هَلكَ فِي يَدِهِ هَلكَ فِي ضَمَانِ المُرتَهِنِ)؛ لأَنَّ يَدَهُ فِي حَقِّ المَاليَّةِ يَدُ المُرتَهِنِ وَهِيَ المَضمُونَةُ (وَلو دَفَعَ العَدلُ إلى الرَّاهِنِ أَو المُرتَهِنِ ضَمِنَ)؛ لأَنَّهُ مُودَعُ الرَّاهِنِ فِي حَقِّ العَينِ وَمُودَعُ المُرتَهِنِ فِي حَقِّ المَاليَّةِ وَأَحَدُهُمَا أَجنَبِيٌّ عَن الآخَرِ، وَالمُودَعُ يَضمَنُ بِالدَّفعِ إلى الأَجنَبِيِّ (وَإِذَا ضَمِنَ العَدلُ قِيمَةَ الرَّهنِ بَعدَ مَا دَفَعَ إلى أَحَدِهِمَا وَقَد استَهلكَهُ المَدفُوعُ عَليهِ أَو هَلكَ فِي يَدِهِ لا يَقدِرُ أَن يَجعَل القِيمَةَ رَهنًا فِي يَدِهِ)؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا وَمُقتَضِيًا وَبَينَهُمَا تَنَافٍ، لكِن يَتَّفِقَانِ عَلى أَن يَأخُذَاهَا مِنهُ وَيَجعَلاهَا رَهنًا عِندَهُ أَو عِندَ غَيرِهِ وَلو تَعَذَّرَ اجتِمَاعُهُمَا يَرفَعُ أَحَدُهُمَا إلى القَاضِي ليَفعَل كَذَلكَ، وَلو فَعَل ذَلكَ ثُمَّ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّينَ وَقَد ضَمِنَ العَدلُ القِيمَةَ بِالدَّفعِ إلى الرَّاهِنِ فَالقِيمَةُ سَالمَةٌ لهُ لوُصُول المَرهُونِ إلى الرَّاهِنِ وَوُصُول الدَّينِ إلى المُرتَهِنِ وَلا يَجتَمِعُ البَدَلُ وَالمُبدَلُ فِي مِلكِ وَاحِدٍ (وَإِن كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفعِ إلى المُرتَهِنِ فَالرَّاهِنُ يَأخُذُ القِيمَةَ مِنهُ)؛ لأَنَّ العَينَ لو كَانَت قَائِمَةً فِي يَدِهِ يَأخُذُهَا إذَا أَدَّى الدَّينَ، فَكَذَلكَ يَأخُذُ مَا قَامَ مَقَامَهَا، وَلا جَمعَ فِيهِ بَينَ البَدَل وَالمُبدَل.

الشرح:

(بَابُ الرَّهنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ العَدلِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ الأَحْكَامِ الرَّاجِعَةِ إِلى نَفْسِ

الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ ذَكَرَ مَا يَرْجِعُ إلى نَائِبِهِمَا وَهُوَ العَدْلُ، لأَنَّ حُكْمَ النَّائِبِ يَقْفُو حُكْمَ الأَصْلِ، وَالْمُرَادُ بِالعَدْل هَاهُنَا مَنْ رَضِيَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ بِوَضْعِ الرَّهْنِ فِي يَدِهِ وَرَضِيَا بِبَيْعِهِ الرَّهْنَ عِنْدَ حُلُول الأَجَل وَهُوَ وَكِيلُ الرَّاهِنِ بِبَيْعِهِ، لكنَّهُ يُخَالِفُ الْمُفْرَدَ فِي مَسَائِل ذَكَرَهَا فِي النِّهَايَةِ عَنْ شَيْخِ الإِسْلامِ وَالتُّمُرْتَاشِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ قَال (وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى **وَضْعِ الرَّهْنِ عَلى يَد عَدْلٍ** إلخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (ذَكَرَ قَوْلَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ) إشَارَةٌ إلى أَنَّ فِي بَعْضِهَا لَيْسَ كَذَلكَ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطَيْنِ وَشَرْحِ الأَقْطَعِ ابْنَ أَبِي لَيْلى بَدَل مَالك، وَكَأَنَّهُ شَكٌّ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَنْ مَالك، فَإِنَّ القَبْضَ لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ كَمَا مَرَّ فِي أَوَّل هَذَا الكتَاب، فَإِنْ ثَبَتَ ذَلكَ عِنْدَهُ كَانَ عَنْهُ رِوَايَتَان. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَيْه) أَيْ عَلى الرَّاهِنِ عِنْدَ الاسْتِحْقَاقِ. يَعْنِي إذَا **هَلكَ الرَّهْنُ فِي يَد العَدْل ثُمَّ اُسْتُحِقَّ وَضَمِنَ العَدْلُ قِيمَتَهُ** يَرْجِعُ عَلى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ، وَلوْ لَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ الرَّاهِنِ لَمَّا رَجَعَ، وَهُوَ كَالْمُودَعِ إذَا ضَمِنَ قِيمَةَ الوَدِيعَةِ بَعْدَ الهَلاكِ بِالاسْتِحْقَاقِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلى الْمُودِعِ لأَنَّ يَدَهُ يَدُ مُودِعِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي حِفْظِ العَيْنِ كَالْمُودَعِ) يُشِيرُ إلى دَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُقَال، كَمَا أَنَّهُ نَائِبٌ عَنْ الرَّاهِنِ فَهُوَ نَائِبٌ عَنْ الْمُرْتَهِنِ فِي حَقِّ الْمَالِيَّة، وَالضَّمَانُ إنَّمَا يَكُونُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ فَلمَ لا يَرْجِعُ عَلَيْه، وَذَلكَ لأَنَّ العَدْل يَضْمَنُ لِلْمُسْتَحِقِّ ضَمَانَ الغَصْبِ، وَالغَصْبُ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالنَّقْل وَالتَّحْوِيل، وَذَلكَ يَتَعَلقُ بِالعَيْنِ دُونَ الْمَالِيَّة عَلى أَنَّهُ سُؤَالٌ سَاقِطٌ لأَنَّ الخَصْمَ لَيْسَ بِقَائِلٍ بِه. فَإِنْ قِيل: القَبْضُ شَرْطٌ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْ الْمُرْتَهِنِ حَقِيقَةً وَهُوَ ظَاهِرٌ وَلا حُكْمًا لأَنَّ ذَلكَ إمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ أَمْرُهُ بِذَلكَ، وَذَلكَ غَيْرُ صَحِيحٍ لأَنَّ الأَمْرَ إنَّمَا يَصِحُّ إذَا لاقَى حَقًّا مُسْتَحَقًّا لِلآمِرِ، وَبِعَقْدِ الرَّهْنِ لَمْ يَصِرْ القَبْضُ حَقًّا لَهُ حَتَّى كَانَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْهُ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ مُوَافَقَةُ الرَّاهِنِ إيَّاهُ فِي الوَضْعِ عَلى يَد العَدْل، وَلا تَأْثِيرَ لِذَلكَ لأَنَّهُمَا لوْ اتَّفَقَا عَلى قَبْضِ الرَّاهِنِ لَمْ يَتِمَّ، فَكَذَا لوْ اتَّفَقَا عَلى قَبْضِ العَدْل. فَالجَوَابُ أَنَّهُ قَابِضٌ مِنْ حَيْثُ أَمْرُهُ العَدْل بِالقَبْضِ وَهُوَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهُ بِعَقْدِ الرَّهْنِ، وَتَمَكُّنُهُ مِنْ الْمَنْعِ لا يَدُلُّ عَلى انْتِفَاءِ حَقِّهِ لأَنَّهُ فَسْخٌ لِلعَقْد، وَالرَّاهِنُ يَنْفَرِدُ بِهِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لازِمٍ، وَالقَبْضُ حَقُّهُ مَا دَامَ العَقْدُ بَاقِيًا. وَقَوْلُهُ (لا يَقْدِرُ أَنْ يَجْعَل

القِيمَةَ) أيْ العَدْلُ لا يَقْدِرُ أَنْ يَفْعَل ذَلِكَ لِمَا ذَكَرَهُ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا يُرْفَعُ).

قَال فِي النِّهَايَةِ: أَيْ يَرْفَعُ العَدْلُ أَحَدَهُمَا إلى القَاضِي، وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: يَرْفَعُ الأَمْرَ إلى القَاضِي أَحَدُهُمَا إمَّا الرَّاهِنُ أَوْ المُرْتَهِنُ وَهُوَ أَظْهَرُ (وَلوْ فَعَل ذَلِكَ) أَيْ جَعَل القِيمَةَ فِي يَدِ العَدْل رَهْنًا ثُمَّ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ وَالحَالُ أَنَّ العَدْل ضَمِنَ القِيمَةَ بِالدَّفْعِ إلى الرَّاهِنِ، فَالقِيمَةُ سَالِمَةٌ لهُ: أَيْ للعَدْل، لأَنَّ كُل ذِي حَقٍّ وَصَل إلى حَقِّهِ: الرَّاهِنُ إلى الرَّهْنِ وَالمُرْتَهِنُ إلى الدَّيْنِ، فَلوْ أَخَذَهَا أَحَدُهُمَا اجْتَمَعَ البَدَلُ وَالمُبْدَلُ فِي مِلكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ القِيمَةَ بَدَلُ الرَّهْنِ مِنْ حَيْثُ العَيْنُ فِي حَقِّ الرَّاهِنِ وَبَدَلُهُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ، وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ إلى المُرْتَهِنِ فَالرَّاهِنُ يَأْخُذُ القِيمَةَ مِنْهُ، لأَنَّ العَيْنَ لوْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ أَخَذَهُ إذَا أَدَّى الدَّيْنَ، فَكَذَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ، وَلا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ البَدَل وَالمُبْدَل، وَهَل يَرْجِعُ العَدْلُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلى المُرْتَهِنِ؟ يُنْظَرُ إنْ كَانَ العَدْلُ دَفَعَهُ عَلى وَجْهِ العَارِيَّةِ أَوْ الوَدِيعَةِ وَهَلكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ لا يَرْجِعُ، وَإِنْ اُسْتُهْلِكَ يَرْجِعُ عَليْهِ لأَنَّ العَدْل بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مَلكَهُ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَعَارَ أَوْ أَوْدَعَ مِلكَ نَفْسِهِ، فَإِنْ هَلكَ فِي يَدِهِ لمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ اسْتَهْلكَهُ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ العَدْلُ دَفَعَ إلى المُرْتَهِنِ رَهْنًا بِأَنْ قَال هَذَا رَهْنُك خُذْهُ بِحَقِّك وَاحْبِسْهُ بِدَيْنِك رَجَعَ العَدْلُ عَليْهِ بِقِيمَتِهِ اسْتَهْلكَهُ المُرْتَهِنُ أَوْ هَلكَ عِنْدَهُ لأَنَّهُ دَفَعَ إليْهِ عَلى وَجْهِ الضَّمَانِ.

قَال (وَإِذَا وَكَّل الرَّاهِنُ المُرتَهِنَ أَو العَدل أَو غَيرَهُمَا بِبَيعِ الرَّهنِ عِندَ حُلُول الدَّينِ فَالوَكَالةُ جَائِزَةٌ)؛ لأَنَّهُ تَوكِيلٌ بِبَيعِ مَالهِ (وَإِن شُرِطَت فِي عَقدِ الرَّهنِ فَليسَ للرَّاهِنِ أَن يَعزِل الوَكِيل، وَإِن عَزَلهُ لم يَنعَزِل)؛ لأَنَّهَا لمَّا شُرِطَت فِي ضِمنِ عَقدِ الرَّهنِ صَارَ وَصفًا مِن أَوصَافِهِ وَحَقًّا مِن حُقُوقِهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لزِيَادَةِ الوَثِيقَةِ فَيَلزَمُ بِلُزُومِ أَصلِهِ، وَلأَنَّهُ تَعَلقَ بِهِ حَقُّ المُرتَهِنِ وَفِي العَزل إتوَاءُ حَقِّهِ وَصَارَ كَالوَكِيل بِالخُصُومَةِ بِطَلبِ المُدَّعِي (وَلو وَكَّلهُ بِالبَيعِ مُطلقًا حَتَّى مَلكَ البَيعَ بِالنَّقدِ وَالنَّسِيئَةِ ثُمَّ نَهَاهُ عَن البَيعِ نَسِيئَةً لم يَعمَل نَهيُهُ)؛ لأَنَّهُ لازِمٌ بِأَصلهِ، فَكَذَا بِوَصفِهِ لمَا ذَكَرنَا، وَكَذَا إذَا عَزَلهُ المُرتَهِنُ لا يَنعَزِلُ؛ لأَنَّهُ لم يُوَكِّلهُ وَإِنَّمَا وَكَّلهُ غَيرُهُ (وَإِن مَاتَ الرَّاهِنُ لم يَنعَزِل)؛ لأَنَّ الرَّهنَ لا يَبطُلُ بِمَوتِهِ وَلأَنَّهُ لو بَطَل إنَّمَا يَبطُلُ لحَقِّ الوَرَثَةِ وَحَقُّ المُرتَهِنِ مُقَدَّمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَكَّل الرَّاهنُ الْمُرْتَهنَ) كَلامُهُ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (**فَلَيْسَ للرَّاهنِ أَنْ يَعْزِل الوَكِيل**) يَعْني بِدُونِ رِضَا الْمُرْتَهنِ وَقَوْلُهُ (أَلا تَرَى أَنَّهُ) أَيْ أَنَّ عَقْدَ الوَكَالة (لزِيَادَة الوَثِيقَة فَيلزَمُ بلُزُوم أَصْله) أَيْ عَقْد الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ عَقْدُ الوَكَالة (لازمٌ بأَصْله فَكَذَا بوَصْفه) وَهُوَ الإِطْلاقُ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ صَارَ حَقًّا منْ حُقُوقه

قَال (**وَللوَكِيل أَن يَبِيعَهُ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِن الوَرَثَةِ كَمَا يَبِيعُهُ فِي حَال حَيَاتِه بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنهُ، وَإِن مَاتَ الْمُرتَهنُ فَالوَكِيلُ عَلى وَكَالتِهِ**)؛ **لأَنَّ العَقدَ لا يَبطُلُ بِمَوتِهِمَا وَلا بِمَوتِ أَحَدِهِمَا فَيَبقَى بِحُقُوقِهِ وَأَوصَافِهِ (وَإِن مَاتَ الوَكِيلُ انتَقَضَت الوَكَالةُ وَلا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ)؛ لأَنَّ الوَكَالةَ لا يَجرِي فِيهَا الإِرثُ، وَلأَنَّ الْمُوَكِّل رَضِيَ بِرَأيِهِ لا بِرَأيِ غَيرِهِ وَعَن أَبِي يُوسُفَ إنَّ وَصِيَّ الوَكِيل يَملكُ بَيعَهُ؛ لأَنَّ الوَكَالةَ لازِمَةٌ فَيَملكُهُ الوَصِيُّ، كَالْمُضَارِبِ إذَا مَاتَ بَعدَمَا صَارَ رَأسُ الْمَال أَعيَانًا يَملكُ وَصِيُّ الْمُضَارِب بَيعَهَا لِمَا أَنَّهُ لازِمٌ بَعدَ مَا صَارَ أَعيَانًا قُلنَا: التَّوكِيلُ حَقٌّ لازِمٌ لكِن عَليهِ، وَالإِرثُ يَجرِي فِيمَا لهُ بِخِلافِ الْمُضَارَبَةِ؛ لأَنَّهَا حَقُّ الْمُضَارِبِ (وَليسَ للمُرتَهِنِ أَن يَبِيعَهُ إلا بِرِضَا الرَّاهِنِ)؛ لأَنَّهُ مَلكَهُ وَمَا رَضِيَ بِبَيعِهِ (وَليسَ للرَّاهِنِ أَن يَبِيعَهُ إلا بِرِضَا الْمُرتَهِنِ)؛ لأَنَّ الْمُرتَهَنَ أَحَقُّ بِمَاليَّتِهِ مِن الرَّاهِنِ فَلا يَقدِرُ الرَّاهِنُ عَلى تَسليمِهِ بِالبَيعِ**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ العَقْدَ) أَيْ **عَقْدَ الرَّهْنِ** (**لا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَيَبْقَى بِحُقُوقِه**) التي هِيَ الحَبْسُ وَالاسْتِيفَاءُ وَالوَكَالةُ (**وَأَوْصَافُهُ**) التي هِيَ اللُّزُومُ وَجَبْرُ الوَكِيل وَحَقُّ بَيْعِ وَلَدِ الرَّهْنِ وَحَقُّ صَرْف الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِير، كَذَا فِي النِّهَايَة. وَقَوْلُهُ (**وَإِذَا مَاتَ الوَكِيلُ** انْتَقَضَتْ الوَكَالةُ) يَعْنِي وَالرَّهْنُ بَاقٍ كَمَا كَانَ، لأَنَّ الرَّهْنَ لوْ كَانَ فِي يَد الْمُرْتَهنِ فَمَاتَ لَمْ يَبْطُل العَقْدُ بِه، فَلأَنْ لا يَبْطُل بِمَوْت العَدْل أَوْلى. وَقَوْلُهُ (وَالإِرْثُ يَجْرِي فِيمَا لهُ) أَيْ لا فِيمَا عَليْه أَلا تَرَى أَنَّ المَيِّتَ إِذَا كَانَ عَلَيْه دَيْنٌ لا يَجِبُ عَلى وَرَثَة المَيِّت قَضَاؤُهُ، وَإِنْ كَانَ لهُ دَيْنٌ عَلى غَيْرِه وَرِثُوهُ.

قَال (**فَإِن حَل الأَجَلُ وَأَبَى الوَكِيلُ الذِي فِي يَدِهِ الرَّهنُ أَن يَبِيعَهُ وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ أُجبِرَ عَلى بَيعِهِ) لِمَا ذَكَرنَا مِن الوَجهَينِ فِي لُزُومِهِ (وَكَذَلكَ الرَّجُلُ يُوَكِّلُ غَيرَهُ**

بِالخُصُومَةِ وَغَابَ المُوَكِّلُ فَأَبَى أَن يُخَاصِمَ أُجبِرَ عَلَى الخُصُومَةِ) للوَجهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنَّ فِيهِ إتواءَ الحَقِّ، بِخِلافِ الوَكِيلِ بِالبَيعِ؛ لأَنَّ المُوَكِّلَ يَبِيعُ بِنَفسِهِ فَلا يَتوِي حَقُّهُ، أَمَّا المُدَّعِي لا يَقدِرُ عَلَى الدَّعوَى وَالمُرتَهِنُ لا يَملِكُ بَيعَهُ بِنَفسِهِ، فَلو لم يَكُن التَّوكِيلُ مَشرُوطًا فِي عَقدِ الرَّهنِ وَإِنَّمَا شُرِطَ بَعدَهُ قِيلَ لا يُجبَرُ اعتِبَارًا بِالوَجهِ الأَوَّلِ، وَقِيلَ يُجبَرُ رُجُوعًا إلى الوَجهِ الثَّانِي، وَهَذَا أَصَحُّ وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الجَوَابَ فِي الفَصلَينِ وَاحِدٌ، وَيُؤَيِّدُهُ إطلاقُ الجَوَابِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي الأَصل

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ) يَعْنِي يُحْبَسُ أَيَّامًا حَتَّى يَبِيعَهُ، فَإِنْ لَجَّ بَعْدَمَا حَبَسَهُ أَيَّامًا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ القَاضِيَ يَبِيعُ عَلَيْهِ وَهُوَ عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فَقَدْ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللهُ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: لا يَبِيعُ قِيَاسًا عَلَى مَالِ المَدْيُونِ، وَقَالَ آخَرُونَ: يَبِيعُهُ لأَنَّ جِهَةَ البَيْعِ تَعَيَّنَتْ. وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الوَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَصْفٌ مِنْ أَوْصَافِهِ وَالآخَرُ أَنَّ فِيهِ إتْوَاءَ حَقِّهِ. وَقَوْلُهُ (قِيلَ لا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا لِلوَجْهِ الأَوَّلِ) ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ أَنَّهُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (أَنَّ الجَوَابَ فِي الفَصْلَيْنِ) أَيْ فِيمَا كَانَ مَشْرُوطًا فِي الرَّهْنِ وَفِيمَا لا يَكُونُ كَذَلِكَ (وَاحِدٌ) أَيْ يُجْبَرُ فِيهِمَا (وَيُؤَيِّدُهُ إطْلاقُ الجَوَابِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ) حَيْثُ قَالَ فِيهِ: إذَا أَبَى الوَكِيلُ يُجْبَرُ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ فِي الأَصْلِ مُطْلَقًا

(وَإِذَا بَاعَ العَدلُ الرَّهنَ فَقَد خَرَجَ مِن الرَّهنِ، وَالثَّمَنُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فَكَانَ رَهنًا، وَإِن لم يُقبَض بَعدُ) لِقِيَامِهِ مَقَامَ مَا كَانَ مَقبُوضًا، وَإِذَا تَوَى كَانَ مَالَ المُرتَهِنِ لِبَقَاءِ عَقدِ الرَّهنِ فِي الثَّمَنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المَبِيعِ المَرهُونِ، وَكَذَلِكَ إذَا قُتِلَ العَبدُ الرَّهنُ وَغَرِمَ القَاتِلُ قِيمَتَهُ؛ لأَنَّ المَالِكَ لا يَستَحِقُّهُ مِن حَيثُ المَالِيَّةُ، وَإِن كَانَ بَدَلَ الدَّمِ فَأَخَذَ حُكمَ ضَمَانِ المَالِ فِي حَقِّ المُستَحِقِّ فَبَقِيَ عَقدُ الرَّهنِ، وَكَذَلِكَ لو قَتَلَهُ عَبدٌ فَدُفِعَ بِهِ؛ لأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الأَوَّلِ لحمًا وَدَمًا قَالَ (وَإِن بَاعَ العَدلُ الرَّهنَ فَأَوفَى المُرتَهِنَ الثَّمَنَ ثُمَّ أُستُحِقَّ الرَّهنُ فَضَمِنَهُ العَدلُ كَانَ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَإِن شَاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ الثَّمَنَ الذِي أَعطَاهُ، وَلَيسَ لهُ أَن يُضَمِّنَهُ غَيرَهُ) وَكَشفُ هَذَا أَنَّ المَرهُونَ المَبِيعَ إذَا أُستُحِقَّ إمَّا أَن يَكُونَ هَالِكًا أَو قَائِمًا فَفِي الوَجهِ الأَوَّلِ المُستَحِقُّ بِالخِيَارِ إن شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ؛ لأَنَّهُ

غَاصِبٌ فِي حَقِّهِ، وَإِن شَاءَ ضَمَّنَ العَدل؛ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالبَيعِ وَالتَّسليمِ فَإِن ضَمَّنَ الرَّاهِنَ نَفَذَ البَيعُ وَصَحَّ الاقتِضَاءُ؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِبَيعِ مِلكِ نَفسِهِ، وَإِن ضَمَّنَ البَائِعَ يَنفُذُ البَيعُ أَيضًا؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلكَ نَفسِهِ وَإِذَا ضَمَّنَ العَدل فَالعَدلُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ؛ لأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ عَامِلٌ لَهُ فَيَرجِعُ عَلَيهِ بِمَا لَحِقَهُ مِن العُهدَةِ وَنَفَذَ البَيعُ وَصَحَّ الاقتِضَاءُ فَلا يَرجِعُ المُرتَهِنُ عَلَيهِ بِشَيءٍ مِن دَينِهِ، وَإِن شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرتَهِنِ بِالثَّمَنِ؛ لأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الثَّمَنَ بِغَيرِ حَقٍّ؛ لأَنَّهُ مَلَكَ العَبدَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَنَفَذَ بَيعُهُ عَلَيهِ فَصَارَ الثَّمَنُ لَهُ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ إِلَيهِ عَلَى حُسبَانِ أَنَّهُ مِلكُ الرَّاهِنِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلكُهُ لَم يَكُن رَاضِيًا بِهِ فَلَهُ أَن يَرجِعَ بِهِ عَلَيهِ، وَإِذَا رَجَعَ بَطَلَ الاقتِضَاءُ فَيَرجِعُ المُرتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِدَينِهِ وَفِي الوَجهِ الثَّانِي وَهُوَ أَن يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ المُشتَرِي فَلِلمُستَحِقِّ أَن يَأخُذَهُ مِن يَدِهِ؛ لأَنَّهُ وَجَدَ عَينَ مَالِه ثُمَّ لِلمُشتَرِي أَن يَرجِعَ عَلَى العَدل بِالثَّمَنِ؛ لأَنَّهُ العَاقِدُ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقُ العَقدِ، وَهَذَا مِن حُقُوقِهِ حَيثُ وَجَبَ بِالبَيعِ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ لِيُسلِمَ لَهُ المَبِيعَ وَلَم يُسلِم ثُمَّ العَدلُ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ؛ لأَنَّهُ هُوَ الذِي أَدخَلَهُ فِي هَذِهِ العُهدَةِ فَيَجِبُ عَلَيهِ تَخلِيصُهُ وَإِذَا رَجَعَ عَلَيهِ صَحَّ قَبضُ المُرتَهِنِ؛ لأَنَّ المَقبُوضَ سَلِمَ لَهُ، وَإِن شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرتَهِنِ؛ لأَنَّهُ إِذَا انتَقَضَ العَقدُ بَطَلَ الثَّمَنُ وَقَد قَبَضَهُ ثَمَنًا فَيَجِبُ نَقضُ قَبضِهِ ضَرُورَةً، وَإِذَا رَجَعَ عَلَيهِ وَانتُقِضَ قَبضُهُ عَادَ حَقُّهُ فِي الدَّينِ كَمَا كَانَ فَيَرجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ وَلَو أَنَّ المُشتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرتَهِنِ لَم يَرجِع عَلَى العَدل؛ لأَنَّهُ فِي البَيعِ عَامِلٌ لِلرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَرجِعُ عَلَيهِ إِذَا قَبَضَ وَلَم يَقبِض فَبَقِيَ الضَّمَانُ عَلَى المُوَكِّل، وَلَو كَانَ التَّوكِيلُ بَعدَ عَقدِ الرَّهنِ غَيرَ مَشرُوطٍ فِي العَقدِ فَمَا لَحِقَ العَدل مِن العُهدَةِ يَرجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ قَبَضَ الثَّمَنَ المُرتَهِنُ أَم لا؛ لأَنَّهُ لَم يَتَعَلَّق بِهَذَا التَّوكِيل حَقُّ المُرتَهِنِ فَلا رُجُوعَ، كَمَا فِي الوَكَالَةِ المُفرَدَةِ عَن الرَّهنِ إِذَا بَاعَ الوَكِيلُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى مَن أَمَرَهُ المُوَكِّلُ ثُمَّ لَحِقَهُ عُهدَةٌ لا يَرجِعُ بِهِ عَلَى المُقتَضَى، بِخِلافِ الوَكَالَةِ المَشرُوطَةِ فِي العَقدِ؛ لأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرتَهِنِ فَيَكُونُ البَيعُ لِحَقِّهِ قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: هَكَذَا ذَكَرَ الكَرخِيُّ، وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَول مَن لا يَرَى جَبرَ هَذَا الوَكِيل عَلَى البَيعِ .

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَقَدْ **خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ**) لأَنَّهُ صَارَ مِلكًا لِلمُشْتَرِي وَمِلكُهُ لا يَكُونُ رَهْنًا (وَإِذَا تَوَى كَانَ مَالَ المُرْتَهِنِ) بِنَصْبِ مَالِ عَلَى مَا صَحَّحَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ مِنْ مَالِ المُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَغَرِمَ القَاتِلُ قِيمَتَهُ) يَعْنِي تَكُونُ القِيمَةُ رَهْنًا مَقَامَ العَبْدِ المَقْتُولِ لأَنَّ المَالِكَ وَهُوَ المَوْلَى يَسْتَحِقُّهُ: أَيْ هَذَا الضَّمَانُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، وَإِنْ كَانَ مُقَابَلا بِالدَّمِ حَتَّى لا يُزَادَ عَلَى دِيَةِ الحُرِّ (فَأَخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ المَالِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ) وَهُوَ المَوْلَى فَيَبْقَى عَقْدُ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ غَيْرَهُ) أَيْ لَيْسَ لِلعَدْلِ أَنْ يُضَمِّنَ المُرْتَهِنَ غَيْرَ الثَّمَنِ الذي أَعْطَاهُ وَكَلامُهُ مَكْشُوفٌ بِكَشْفِهِ وَإِيضَاحِهِ شَكَرَ اللهُ سَعْيَهُ سِوَى أَلفَاظٍ وَضَمَائِرَ نُوَضِّحُهَا زِيَادَةَ إِيضَاحٍ. فَقَوْلُهُ (وَصَحَّ الاقْتِضَاءُ) أَيْ صَحَّ **قَبْضُ المُرْتَهِنِ الثَّمَنَ بِمُقَابَلَةِ دَيْنِه.**

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ ضَمَّنَ البَائِعَ) أَيْ العَدْلُ. وَقَوْلُهُ (فَلا يَرْجِعُ المُرْتَهِنُ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلكُهُ) أَيْ مِلكُ العَدْلِ. وَقَوْلُهُ (لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ) أَيْ بِأَدَاءِ الثَّمَنِ إِلَى المُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (فَلَهُ) أَيْ فَلِلعَدْلِ. وَقَوْلُهُ (بَطَلَ الاقْتِضَاءُ) أَيْ بَطَلَ قَبْضُ المُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (إِنَّمَا أَدَّاهُ) أَيْ إِنَّمَا أَدَّى المُشْتَرِي الثَّمَنَ إِلَى العَدْلِ لِيُسَلِّمْ لِلمُشْتَرِي المَبِيعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ. وَقَوْلُهُ (رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ) أَيْ بِالثَّمَنِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَقْبُوضَ سَلِمَ لَهُ) أَيْ لأَنَّ الثَّمَنَ المَقْبُوضَ مِنَ العَدْلِ سَلِمَ لِلمُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَاءَ عَلَى المُرْتَهِنِ) أَيْ وَإِنْ شَاءَ العَدْلُ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ بِالثَّمَنِ الذي أَدَّاهُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فَيَرْجِعُ بِهِ) أَيْ فَيَرْجِعُ المُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ الذي هُوَ دَيْنُهُ عَلَى الرَّاهِنِ. وَقَوْلُهُ (لا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى المُقْتَضِي) أَيْ عَلَى القَابِضِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ البَيْعُ لِحَقِّهِ) فَإِذَا وَقَعَ البَيْعُ لِحَقِّهِ وَسَلِمَ لَهُ جَازَ أَنْ يَلزَمَهُ الضَّمَانُ وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لا يَرَى جَبْرَ هَذَا الوَكِيلِ عَلَى البَيْعِ: أَيْ الوَكِيلِ الذي لَمْ تَكُنْ وَكَالَتُهُ مَشْرُوطَةً فِي العَقْدِ حَيْثُ فَرَّقَ بَيْنَ الوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ فِي العَقْدِ وَبَيْنَ الوَكَالَةِ التي بَعْدَ العَقْدِ فَقَالَ فِي **الوَكِيلِ الذي كَانَتْ وَكَالَتُهُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ:** يَرْجِعُ الوَكِيلُ بِالعُهْدَةِ عَلَى الرَّاهِنِ لا عَلَى المُرْتَهِنِ لأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذَا التَّوْكِيلِ حَقُّ المُرْتَهِنِ

قَالَ (وَإِن مَاتَ العَبدُ المَرهُونُ فِي يَدِ المُرتَهِنِ ثُمَّ استَحَقَّهُ رَجُلٌ فَلَهُ الخِيَارُ، إِن شَاءَ

ضَمَّنَ الرَّاهِنَ، وَإِن شَاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ)؛ لأنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسليمِ أَو بِالقَبضِ (فَإِن ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فَقَد مَاتَ بِالدَّينِ)؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَصَحَّ الإِيفَاءُ (وَإِن ضَمَّنَ المُرتَهِنَ يَرجِعُ عَلى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ مِن القِيمَةِ وَبِدَينِهِ) أَمَّا بِالقِيمَةِ فَلأَنَّهُ مَغرُورٌ مِن جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَأَمَّا بِالدَّينِ فَلأَنَّهُ انتَقَضَ اقتِضَاؤُهُ فَيَعُودُ حَقُّهُ كَمَا كَانَ فَإِن قِيلَ: لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلى الرَّاهِنِ بِرُجُوعِ المُرتَهِنِ عَلَيهِ، وَالمِلكُ فِي المَضمُونِ يَثبُتُ لِمَن عَلَيهِ قَرَارُ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلكَ نَفسِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَّنَ المُستَحِقُّ الرَّاهِنَ ابتِدَاءً قُلنَا: هَذَا طَعنُ أَبِي خَازِمٍ القَاضِي وَالجَوَابُ عَنهُ أَنَّهُ يَرجِعُ عَلَيهِ بِسَبَبِ الغُرُورِ وَالغُرُورُ بِالتَّسليمِ كَمَا ذَكَرنَاهُ، أَو بِالانتِقَالِ مِن المُرتَهِنِ إِليهِ كَأَنَّهُ وَكِيلٌ عَنهُ، وَالمِلكُ بِكُل ذَلكَ مُتَأَخِّرٌ عَن عَقدِ الرَّهنِ، بِخِلافِ الوَجهِ الأَوَّلِ؛ لأَنَّ المُستَحِقَّ يَضمَنُهُ بِاعتِبَارِ القَبضِ السَّابِقِ عَلى الرَّهنِ فَيَستَنِدُ المِلكُ إِليهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلكَ نَفسِهِ وَقَد طَوَّلنَا الكَلامَ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى

الشرح:

(وَقَوْلُهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّه بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالقَبْضِ) يَعْنِي الرَّاهِنَ بِالتَّسْلِيم وَالمُرْتَهِنَ بِالقَبْضِ فَكَانَ كَالغَاصِبِ وَغَاصِبِ الغَاصِب وَقَوْلُهُ (فَلأَنَّهُ انْتَقَضَ اقْتضَاؤُهُ) أَيْ قَبْضُهُ لأَنَّ الرَّهْنَ لَمْ يَكُنْ ملكَ الرَّاهِنِ حَتَّى يَكُونَ بِهلاكِه مُسْتَوْفِيًا. وَقَوْلُهُ (طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ) يَعْنِي هَذَا السُّؤَال طَعَنَ بِه أَبُو خَازِمٍ بِالخَاءِ المُعْجَمَة عَلى مُحَمَّد بْنِ الحَسَنِ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَأَبُو خَازِمٍ هُوَ عَبْدُ الحَمِيد بْنُ عَبْد العَزِيزِ القَاضِي الحَنَفِيُّ بِبَغْدَادَ. وَقَوْلُهُ (وَالغُرُورُ بِالتَّسْلِيمِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي بِقَوْله لأَنَّ كُل وَاحد منْهُمَا مُتَعَدٍّ فِي حَقِّه بِالتَّسْلِيم. وَقَوْلُهُ (أَوْ بِالانْتِقَال منْ المُرْتَهِنِ إِلَيْه) أَيْ إِلى الرَّاهِنِ (كَأَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ) أَيْ كَأَنَّ المُرْتَهِنَ وَكِيلٌ عَنْ الرَّاهِنِ منْ حَيْثُ انْتقَالُ الملك منْهُ إِلَيْه كَانْتقَال الملك منْ الوَكِيل إِلى المُوَكِّل (وَالملكُ بِكُل ذَلكَ) أَيْ بِكُل وَاحد منْ التَّسْلِيمِ وَالانْتقَال (مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْد الرَّهْنِ) أَمَّا بِالتَّسْلِيمِ فَظَاهِرٌ، لأَنَّ التَّسْلِيمَ كَانَ بَعْدَ العَقْد فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ غَيْرَ ملكه.

وَأَمَّا بِالانْتقَال فَلأَنَّ المُرْتَهِنَ غَاصِبٌ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ، فَإِذَا ضَمِنَ مَلكَ المَضْمُونَ، وَلكنْ لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَان عَلى الرَّاهِنِ انْتقَل إِلَيْه فَيَمْلكُهُ منْ جهَة المُرْتَهِنِ وَالمُرْتَهِنُ مَلكَهُ منْ حِينِ القَبْضِ لأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِه فَيَمْلكُ الرَّهْنَ بَعْد ذَلكَ منْ جهَته فَيَكُونُ

ملكُ الرَّهْنِ مُتَأَخِّرًا عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ فَكَأَنَّهُ رَهَنَ غَيْرَ ملكه، وَلا يُشْكِلُ إِذَا اسْتَحَقَّ رَأْسَ مَال المُضَارَبَة وَضَمنَهُ المُضَارِبُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلى رَبِّ المَال وَالمُضَارَبَةُ نَافذَةٌ وَإِنْ كَانَ الملكُ مُتَأَخِّرًا عَنْ عَقْد المُضَارَبَة لمَا ذَكَرْتُمْ أَنَّ الرُّجُوعَ بالغُرُور وَالغُرُورَ بالتَّسْليم أَوْ بالانْتقَال منْ المُرْتَهنِ إليْه، وَكُلُّ ذَلكَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ العَقْد لأَنَّ المُضَارَبَةَ عَقْدٌ غَيْرُ لازم، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ فَلدَوَامه حُكْمُ الابْتدَاء وَقَدْ تَقَدَّمَ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَنْشَأَ العَقْدَ بَعْدَ الرُّجُوعِ فَيَتَقَدَّرُ، بِخلاف الرَّهْنِ فَإِنَّهُ عَقْدٌ لازمٌ لَيْسَ لدَوَامه حُكْمُ الابْتدَاء.

وَقَوْلُهُ (بخلافِ الوَجْه الأَوَّل) يَعْني مَا إذَا ضَمنَ المُسْتَحقُّ الرَّاهنَ لأَنَّ المُسْتَحقَّ يَضْمَنُهُ باعْتبَارِ القَبْضِ السَّابِقِ عَلى الرَّهْنِ فَيَسْتَندُ الملكُ إليْه وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ ملكَ نَفْسه. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ طَوَّلنَا الكَلامَ فِيه في كفَايَة المُنْتَهى) قيل مُرَادُهُ مَسْأَلةَ المُضَارَبَة وَالفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَسْأَلة الرَّهْنِ. وَقيل يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَا لوْ **كَانَ الرَّهْنُ عَبْدًا فَأَبَقَ** وَضَمَّنَ المُسْتَحقُّ المُرْتَهنَ قيمَتَهُ وَرَجَعَ المُرْتَهنُ عَلى الرَّاهنِ بتلكَ القيمَة وَبالدَّيْنِ ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ فَإِنَّهُ للرَّاهنِ لقَرَارِ الضَّمَانِ عَليْه وَلا يَكُونُ رَهْنًا لأَنَّهُ لمَّا اسْتَحَقَّ بَطَل الرَّهْنُ لمَا قُلنَا إنَّ الملكَ يَقَعُ للرَّاهنِ فيه منْ وَقْت التَّسْليمِ بِحُكْمِ الرَّهْنِ وَعَقْدُ الرَّهْنِ كَانَ سَابقًا عَلى ذَلكَ.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قَال (وإذَا بَاعَ الرَّاهنُ الرَّهنَ بغَيرِ إذنِ المُرتَهنِ فَالبَيعُ مَوقُوفٌ) لتَعلُّقِ حَقِّ الغَيرِ بِهِ وَهُوَ المُرتَهنُ فيَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَتِهِ، وَإِن كَانَ الرَّاهِنُ يَتَصرَّفُ فِي مِلكِهِ كَمَن أَوصَى بجَمِيعِ مَالهِ تَقِفُ عَلى إجَازَةِ الوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ لتَعَلُّقِ حَقِّهِم بِهِ (فَإِن أَجَازَ المُرتَهنُ جَازَ)؛ لأَنَّ التَّوَقُّفَ لحَقِّهِ وَقَد رَضِيَ بِسُقُوطِهِ (وَإِن قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَينَهُ جَازَ أَيضًا)؛ لأَنَّهُ زَال المَانِعُ مِن النُّفُوذِ وَالمُقتَضِي مَوجُودٌ وَهُوَ التَّصَرُّفُ الصَّادِرُ من الأَهل فِي المَحَل (وَإِذَا نَفَذَ البَيعُ بِإِجَازَةِ المُرتَهِن يَنتَقِلُ حَقُّهُ إلى بَدَلهِ هُوَ الصَّحِيحُ)؛ لأَنَّ حَقَّهُ تَعلقَ بِالمَاليَّةِ، وَالبَدَلُ لهُ حُكمُ المُبدَل فَصَارَ كَالعَبدِ المَديُونِ المَأذُونِ إذَا بِيعَ بِرِضَا الغُرَمَاءِ يَنتَقِلُ حَقُّهُم إلى البَدَل؛ لأَنَّهُم رَضُوا بِالانتِقَال دُونَ السُّقُوطِ رَأسًا فَكَذَا هَذَا (وَإِن لم يُجِز المُرتَهِنُ البَيعَ وَفَسَخَهُ انفَسَخَ فِي رِوَايَةٍ، حَتَّى لو افتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهنَ لا سَبِيل للمُشتَرِي عَليهِ)؛ لأَنَّ الحَقَّ الثَّابِتَ للمُرتَهِنِ بِمَنزِلَةِ المِلكِ فَصَارَ كَالمَالِكِ لهُ أَن يُجِيزَ وَلهُ أَن يَفسَخَ (وَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَينِ لا يَنفَسِخُ بِفَسخِهِ)؛ لأَنَّهُ لو ثَبَتَ حَقُّ الفَسخِ لهُ إنَّمَا يُثبِتُ ضَرُورَةَ صِيَانَةِ

حَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي الحَبسِ لا يَبطُلُ بِانعِقَادِ هَذَا العَقدِ فَبَقِيَ مَوقُوفًا، فَإِن شَاءَ المُشتَرِي صَبَرَ حَتَّى يَفتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهنَ؛ إذ العَجزُ عَلى شَرَفِ الزَّوَال، وَإِن شَاءَ رَفَعَ الأَمرَ إلى القَاضِي، وَلِلقَاضِي أَن يَفسَخَ لِفَوَاتِ القُدرَةِ عَلى التَّسليمِ، وَوِلايَةُ الفَسخِ إلى القَاضِي لا إليهِ، وَصَارَ كَمَا إذَا أَبَقَ العَبدُ المُشتَرَى قَبلَ القَبضِ فَإِنَّهُ يَتَخَيَّرُ المُشتَرِي لِمَا ذَكَرنَا كَذَلكَ هَذَا (وَلو بَاعَهُ الرَّاهِنُ مِن رَجُلٍ ثُمَّ بَاعَهُ بَيعًا ثَانِيًا مِن غَيرِهِ قَبلَ أَن يُجِيزَهُ المُرتَهِنُ فَالثَّانِي مَوقُوفٌ أَيضًا عَلى إجَازَتِهِ)؛ لأَنَّ الأَوَّلَ لم يَنفُذ وَالمَوقُوفُ لا يَمنَعُ تَوَقُّفَ الثَّانِي، فَلو أَجَازَ المُرتَهِنُ البَيعَ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي.

الشرح:

(بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهنِ وَالجِنَايَةِ عَليه وَجِنَايَتِه عَلى غَيرِه): التَّصَرُّفُ فِي الرَّهْنِ وَالجِنَايَةُ عَلَيْه وَجِنَايَتُهُ عَلى غَيْرِه إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ كَوْنِه رَهْنًا فَكَانَ مُتَأَخِّرًا طَبْعًا فَأَخَّرَهُ وَضْعًا. قَال (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ إلخْ) إذَا **بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إذْنِ المُرْتَهِنِ** سَوَاءٌ عَلِمَ بِالبَيْعِ وَلَمْ يَأْذَنْ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَقَدْ اخْتَلفَ عِبارَةُ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ فيه. في مَوْضعٍ قَال بَيْعُ المَرْهُونِ فَاسِدٌ، وَفِي مَوْضعٍ قَال جَائِزٌ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ جَائِزٌ مَوْقُوفٌ. وَقَوْلُهُ فَاسِدٌ مَحْمُولٌ عَلى مَا لَمْ يَجُزْ، فَإِنَّ القَاضِيَ يُفْسِدُهُ إذَا خُوصِمَ إلَيْه فِيه وَطَلبَ المُشْتَرِي التَّسْليمَ. وَقَوْلُهُ جَائِزٌ مَحْمُولٌ عَلى مَا إذَا أَجَازَهُ وَسَلمَهُ ذَلكَ، لأَنَّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي مَالٍ لهُ تَعَلقَ بِه حَقُّ الغَيْرِ جَازَ مَوْقُوفًا كَمَنْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَاله تَقفُ عَلى إجَازَةِ الوَرَثَة فِيمَا زَادَ عَلى الثُّلُث، فَإِنْ أَجَازَ المُرْتَهِنُ تَمَّ العَقْدُ لزَوَال المَانِعِ بِإِسْقَاط حَقِّه رَاضِيًا، وَكَذَا لوْ قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ فَإِنْ أَجَازَ يَنْتَقلُ حَقُّهُ إلى بَدَله لمَا ذُكرَ فِي الكتَاب. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إنْ شَرَطَ عِنْدَ الإجَازَة أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ رَهْنًا كَانَ رَهْنًا وَإِلا فَلا، لأَنَّ الرَّاهِنَ مَلكَ الثَّمَنَ بِنُفُوذِ البَيْعِ بِإِجَازَة المُرْتَهِنِ بِسَبَبٍ جَديد فَلا يَصيرُ رَهْنًا منْ غَيْرِ شَرْطٍ، وَإِنْ فَسَخَهُ فَفِي الانْفسَاخِ روَايَتَان كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب. وَقَوْلُهُ (وَوِلايَةُ الفَسْخِ إلى القَاضِي لا إلَيْه) أَيْ لا إلى المُرْتَهنِ، لأَنَّ هَذَا الفَسْخَ لقَطْعِ المُنَازَعَة وَهُوَ إلى القَاضِي.

وَقَوْلُهُ (لمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي لفَوَات القُدْرَة عَلى التَّسْليم. قَوْلُهُ (وَلوْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ إلخْ) يَعْنِي لوْ **بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ وَلَمْ يُجِزْهُ المُرْتَهِنُ ثُمَّ بَاعَهُ بَيْعًا ثَانِيًا فَالثَّانِي مَوْقُوفٌ**

كَالأَوَّلِ، لأَنَّ المَوْقُوفَ لا يَمْنَعُ عَنْ التَّوَقُّفِ، فَلوْ أَجَازَ المُرْتَهِنُ البَيْعَ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي كَالأَوَّلِ، وَلوْ أَجَازَ الأَوَّلَ جَازَ الأَوَّلُ. وَهَذَا لأَنَّ حَقَّ المُرْتَهِنِ يَتَعَلقُ بِالثَّمَنِ أَلا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يَرْهَنُ لِيُبَاعَ فَأَيُّهِمَا أَجَازَهُ المُرْتَهِنُ وَسَلمَهُ إليْهِ نَفَذَ وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ وَيَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، وَإِنَّمَا خَصَّ إجَازَةَ البَيْعِ الثَّانِي لِبَيَانِ الفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العُقُودِ البَاقِيَةِ المَذْكُورَةِ، فَإِنَّهُ بِإِجَازَتِهَا يَصِحُّ العَقْدُ الأَوَّلُ وَهُوَ البَيْعُ وَلَمْ تَصِحَّ هِيَ، وَبِإِجَازَةِ البَيْعِ الثَّانِي لا يَصِحُّ البَيْعُ الأَوَّلُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا وَيَصِحُّ هُوَ. وَالفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ مَنْ تَعَلقَ حَقُّهُ بِشَيْءٍ وَتَبَدَّل بِإِجَازَتِهِ إلى غَيْرِهِ فَإِنْ كَانَ البَدَلُ عَمَّا تَعَلقَ بِهِ حَقُّهُ تَعَلقَ بِهِ حَقُّهُ، وَإِنْ كَانَ عَنْ غَيْرِهِ لَمْ يَتَعَلقْ، فَعَلى هَذَا إذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ ثَانِيًا وَأَجَازَهُ المُرْتَهِنُ كَانَ الثَّمَنُ رَهْنًا عِنْدَهُ فَكَانَ ذَا حَظٍّ مِنْ العَقْدِ الثَّانِي لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِبَدَلِهِ فَيَصِحُّ تَعْيِينُهُ.

وَإِذَا آجَرَ بَعْدَ البَيْعِ أَوْ رَهَنَ وَسَلمَ أَوْ وَهَبَ وَسَلمَ وَأَجَازَ هَذِهِ العُقُودَ جَازَ البَيْعُ الأَوَّلُ وَسَمَّاهُ أَوَّلا لِوُقُوعِهِ قَبْلهَا، لأَنَّ هَذِهِ العُقُودَ بَعْضُهَا لا بَدَل فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ وَالرَّهْنِ وَبَعْضُهَا وَإِنْ كَانَ فِيهِ بَدَلٌ لكِنْ لَيْسَ عَمَّا تَعَلقَ بِهِ حَقُّهُ كَمَا فِي الإِجَارَةِ فَإِنَّهُ فِيهَا بَدَلٌ عَنْ المَنْفَعَةِ وَحَقُّهُ فِي مَالِيَّةِ العَيْنِ دُونَ المَنْفَعَةِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لهُ مِنْهَا حَظٌّ لَمْ يَصِحَّ تَعْيِينُهُ وَكَانَتْ إجَازَتُهُ إسْقَاطًا لِحَقِّهِ فَنَفَذَ البَيْعُ الأَوَّلُ. وَسَكَتَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ اشْتِرَاطِ التَّسْلِيمِ فِي الرَّهْنِ وَالهِبَةِ اعْتِمَادًا عَلى كَوْنِهِ مَعْلُومًا.

(وَلو بَاعَ الرَّاهِنُ ثُمَّ أَجَّرَ أَو وَهَبَ أَو رَهَنَ مِن غَيرِهِ، وَأَجَازَ المُرتَهِنُ هَذِهِ العُقُودَ جَازَ البَيعُ الأَوَّلُ) وَالفَرقُ أَنَّ المُرتَهِنَ ذُو حَظٍّ مِن البَيعِ الثَّانِي؛ لأَنَّهُ يَتَعَلقُ حَقُّهُ بِبَدَلِهِ فَيَصِحُّ تَعيِينُهُ لِتَعَلُّقِ فَائِدَتِهِ بِهِ، أَمَّا لا حَقَّ لهُ فِي هَذِهِ العُقُودِ؛ لأَنَّهُ لا بَدَل فِي الهِبَةِ وَالرَّهنِ، وَالَّذِي فِي الإِجَارَةِ بَدَلُ المَنفَعَةِ لا بَدَلُ العَينِ، وَحَقُّهُ فِي مَالِيَّةِ العَينِ لا فِي المَنفَعَةِ فَكَانَت إجَازَتُهُ إسقَاطًا لِحَقِّهِ فَزَال المَانِعُ فَنَفَذَ البَيعُ الأَوَّلُ فَوَضَحَ الفَرقُ قَال (وَلو أَعتَقَ الرَّاهِنُ عَبدَ الرَّهنِ نَفَذَ عِتقُهُ) وَفِي بَعضِ أَقوَال الشَّافِعِيِّ لا يَنفُذُ إذَا كَانَ المُعتِقُ مُعسِرًا؛ لأَنَّ فِي تَنفِيذِهِ إبطَال حَقِّ المُرتَهِنِ فَأَشبَهَ البَيعَ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ مُوسِرًا حَيثُ يَنفُذُ عَلى بَعضِ أَقوَالِهِ؛ لأَنَّهُ لا يَبطُلُ حَقُّهُ مَعنًى بِالتَّضمِينِ، وَبِخِلافِ إعتَاقِ المُستَأجِرِ؛ لأَنَّ الإِجَارَةَ تَبقَى مُدَّتُهَا؛ إذ الحُرُّ يَقبَلُهَا، أَمَّا مَا لا يَقبَلُ الرَّهنَ فَلا يَبقَى وَلنَا أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أَعتَقَ مِلكَ نَفسِهِ فَلا يَلغُو بِصَرفِهِ بِعَدَمِ إذنِ المُرتَهِنِ كَمَا إذَا أَعتَقَ العَبدَ المُشتَرَى قَبل القَبضِ أَو

أَعتَقَ الآبِقَ أَو المغصُوبَ، وَلا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلكِ الرَّقَبَةِ لقِيَامِ المُقتَضِي، وَعَارِضُ الرَّهنِ لا يُنبِئُ عَن زَوَالِهِ ثُمَّ إذَا زَال مِلكُهُ فِي الرَّقَبَةِ بِإعتَاقِهِ يَزُولُ مِلكُ المُرتَهِنِ فِي اليَدِ بِنَاءً عَليهِ كَإِعتَاقِ العَبدِ المُشتَرَكِ، بَل أَولى؛ لأَنَّ مِلكَ الرَّقَبَةِ أَقوَى مِن مِلكِ اليَدِ، فَلمَّا لم يُمنَع الأَعلى لا يُمنَعُ الأَدنَى بِالطَّرِيقِ الأَولى، وَامتِنَاعُ النَّفَاذِ فِي البَيعِ وَالهِبَةِ لانعِدَامِ القُدرَةِ عَلى التَّسلِيمِ، وَإِعتَاقُ الوَارِثِ العَبدَ المُوصَى بِرَقَبَتِهِ لا يَلغُو بَل يُؤَخَّرُ إلى أَدَاءِ السِّعَايَةِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِذَا نَفَذَ الإِعتَاقُ بَطَل الرَّهنُ لفَوَاتِ مَحَله (ثُمَّ) بَعدَ ذَلكَ (إن كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا، وَالدَّينُ حَالا طُولبَ بِأَدَاءِ الدَّينِ)؛ لأَنَّهُ لو طُولبَ بِأَدَاءِ القِيمَةِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِقَدرِ الدَّينِ فَلا فَائِدَةَ فِيهِ (وَإِن كَانَ الدَّينُ مُؤَجَّلا أُخِذَت مِنهُ قِيمَةُ العَبدِ وَجُعِلت رَهنًا مَكَانَهُ حَتَّى يَحِل الدَّينُ)؛ لأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ مُتَحَقِّقٌ، وَفِي التَّضمِينِ فَائِدَةٌ فَإِذَا حَل الدَّينُ اقتَضَاهُ بِحَقِّهِ إذَا كَانَ مِن جِنسِ حَقِّهِ وَرَدَّ الفَضل (وَإِن كَانَ مُعسِرًا سَعَى العَبدُ فِي قِيمَتِهِ وَقَضَى بِهِ الدَّينَ إلا إذَا كَانَ بِخِلافِ جِنسِ حَقِّه)؛ لأَنَّهُ لمَّا تَعَذَّرَ الوُصُولُ إلى عَينِ حَقِّهِ مِن جِهَةِ المُعتَقِ يَرجِعُ إلى مَن يَنتَفِعُ بِعِتقِهِ وَهُوَ العَبدُ؛ لأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: وَتَأويلُهُ إذَا كَانَت القِيمَةُ أَقَل مِن الدَّينِ، أَمَّا إذَا كَانَ الدَّينُ أَقَل نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (ثُمَّ يَرجِعُ بِمَا سَعَى عَلى مَولاهُ إذَا أَيسَرَ)؛ لأَنَّهُ قَضَى دَينَهُ وَهُوَ مُضطَرٌّ فِيهِ بِحُكمِ الشَّرعِ فَيَرجِعُ عَليهِ بِمَا تَحَمَّل عَنهُ، بِخِلافِ المُستَسعَى فِي الإِعتَاقِ؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي ضَمَانًا عَليهِ؛ لأَنَّهُ إنَّمَا يَسعَى لتَحصِيل العِتقِ عِندَهُ وَعِندَهُمَا لتَكمِيلهِ، وَهُنَا يَسعَى فِي ضَمَانٍ عَلى غَيرِهِ بَعدَ تَمَامِ إعتَاقِهِ فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهنِ ثُمَّ أَبُو حَنِيفَةَ أَوجَبَ السِّعَايَةَ فِي المُستَسعَى المُشتَرَكِ فِي حَالتَي اليَسَارِ وَالإِعسَارِ، وَفِي العَبدِ المَرهُونِ شَرَطَ الإِعسَارَ؛ لأَنَّ الثَّابِتَ للمُرتَهِنِ حَقُّ المِلكِ وَأَنَّهُ أَدنَى مِن حَقِيقَتِهِ الثَّابِتَةِ للشَّرِيكِ السَّاكِتِ فَوَجَبَ السِّعَايَةُ هُنَا فِي حَالةٍ وَاحِدَةٍ إظهَارُ النُّقصَانِ رُتبَتَهُ بِخِلافِ المُشتَرَى قَبل القَبضِ إذَا أَعتَقَهُ المُشتَرِي حَيثُ لا يَسعَى للبَائِعِ إلا رِوَايَةً عَن أَبِي يُوسُفَ وَالمَرهُونُ يَسعَى؛ لأَنَّ حَقَّ البَائِعِ فِي الحَبسِ أَضعَفُ؛ لأَنَّ البَائِعَ لا يَملكُهُ فِي الآخِرَةِ وَلا يُستَوفَى مِن عَينِهِ، وَكَذَلكَ يَبطُلُ حَقُّهُ فِي الحَبسِ بِالإِعَارَةِ مِن المُشتَرِي، وَالمُرتَهِنُ يَنقَلبُ حَقُّهُ مِلكًا، وَلا يَبطُلُ حَقُّهُ بِالإِعَارَةِ مِن الرَّاهِنِ حَتَّى يُمكِنَهُ الاستِردَادُ، فَلو أَوجَبنَا السِّعَايَةَ فِيهِمَا لسَوَّينَا بَينَ الحَقَّينِ وَذَلكَ لا يَجُوزُ.

الشرح:

قَال (وَلوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ نَفذَ عِتْقُهُ إلخْ) إذَا **أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَهُ المَرْهُونَ** نَفَذَ عِتْقُهُ مُوسرًا كَانَ أَوْ مُعْسرًا. وَللشَّافعِيِّ رَحمَهُ اللهُ أَقْوَالٌ شُمُولُ النُّفُوذ وَعَدَمُهُ وَالفَصْلُ بَيْنَ المُوسرِ وَالمُعْسرِ. قَال في المُعْسرِ: في تَنْفيذه إبْطَالُ حَقِّ المُرْتَهنِ فَلا يَجُوزُ كَالبَيْعِ، بَل أَوْلى لأَنَّهُ أَسْرَعُ نُفُوذًا منْ العتْقِ حَيْثُ جَازَ منْ المُكَاتَب دُونَ العتْقِ. وَلنَا أَنَّهُ مُخاطَبٌ أَعْتَقَ ملكَ نَفْسه، وَكُلُّ مَنْ فَعَل ذَلكَ صَحَّ كَمَا إذَا أَعْتَقَ العَبْدَ المُشْتَرَى قَبْل القَبْضِ أَوْ الآبقَ أَوْ المَغْصُوبَ فَإِنَّهَا تُشْرِكُ المَرْهُونَ في فَوَات يَد المَالك وَفي انْتفَاء القُدْرَة عَلى التَّسْليمِ إنْ بَاعَ، فَكَانَ المُقْتَضَى مُتَحَقِّقًا وَالمَانعُ مُنْتَفيًا فَثَبَتَ الحُكْمُ. أَمَّا تَحَقُّقُ المُقْتَضَى فَلأَنَّهُ تَصَرُّفٌ صَدَرَ عَنْ أَهْله، وَلا نزَاعَ فيه مُضَافٌ إلى مَحَله، لأَنَّهُ لا خَفَاءَ في قيَامِ ملك الرَّقَبَة لقيَام مُقْتَضيه وَهُوَ السَّبَبُ المُوجبُ لتَمَلُّكه قَبْل الرَّهْنِ. وَأَمَّا انْتفَاءُ المَانعِ فَلأَنَّ عَارضَ النَّهْيِ لا يُنْبِئُ عَنْ زَوَاله لأَنَّ مُوجَبَ عَقْد الرَّهْنِ إمَّا ثُبُوتُ يَد الاسْتيفَاء للمُرْتَهنِ كَمَا هُوَ عنْدَنَا أَوْ هُوَ حَقُّ البَيْعِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الخَصْمِ عَلى مَا تَقَدَّمَ، وَشَيْءٌ منْ ذَلكَ لا يُزِيلُ ملكَ العَيْنِ فَيَبْقَى العَيْنُ عَلى مَا كَانَ عَلى ملك الرَّاهنِ، وَإِذَا كَانَ بَاقيًا عَلى ملكه وَقَدْ أَزَالهُ بالإعْتَاق صَحَّ، وَيَزُولُ ملكُ المُرْتَهنِ في اليَد بنَاءً عَلَيْه كَمَا إذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصيبَهُ لأَنَّ ملكَ الرَّقَبَة أَقْوَى منْ ملك اليَد فَلمَّا لمْ يَمْنَعْ الأَعْلى وَهُوَ حَقيقَةُ الملك للشَّريك عَنْ صحَّة العتْقِ فَلأَنْ لا يَمْنَعَ الأَدْنَى وَهُوَ يَدُ المُرْتَهنِ أَوْلى. فَإِنْ قيل: ليْسَ المَانعُ مُنْحَصرًا فيمَا يُزِيلُ الملكَ بَل مُجَرَّدُ تَعَلُّقِ الحَقِّ مَانعٌ وَلهَذَا مَنَعَ النَّفَاذَ في البَيْعِ وَالهبَة.

أَجَابَ بقَوْله وَامْتنَاعُ النَّفَاذ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ حَقَّ المُرْتَهنِ إنَّمَا صَلحَ مَانعًا في البَيْعِ وَالهبَة لإعْدَامه قُدْرَةَ العَاقد عَلى التَّسْليمِ المَشْرُوط بصحَّة العَقْدَيْنِ، وَليْسَ ذَلكَ بمَوْجُود في الإعْتَاق فَلا يَصْلُحُ مَانعًا. وَقَوْلُهُ (وَإِعْتَاقُ الوَارث) جَوَابٌ عَمَّا تَمَسَّكَ به الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللهُ في بَعْضِ المَوَاضعِ وَادَّعَى أَنَّ إعْتَاقَهُ لغْوٌ. وَصُورَتُهُ **مَرِيضٌ أَوْ وَصيٌّ برَقَبَة عَبْده لشَخْصٍ وَلا مَال لهُ غَيْرُهُ ثُمَّ مَاتَ وَأَعْتَقَ الوَارثُ العَبْدَ** لمْ يَنْفُذْ لحَقِّ المُوصَى لهُ فَكَذَا يَجبُ أَنْ يَكُونَ في الرَّهْنِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ ذَلكَ لا يَلغُو بَل يُؤَخَّرُ إلى أَدَاء السِّعَايَة عنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ.

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلا إِشْكَال لأَنَّهُ يَعْتِقُ فِي الحَال. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا نَفَذَ الإِعْتَاقُ) رَاجِعٌ إِلى أَوَّل الكَلَامِ: يَعْنِي فَإِذَا ثَبَتَ تَحَقُّقُ المُقْتَضِي وَانْتِفَاءُ المَانِعِ نَفَذَ الإِعْتَاقُ، وَإِذَا نَفَذَ الإِعْتَاقُ بَطَلَ الرَّهْنُ لِفَوَاتِ مَحَله وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِلا إِذَا كَانَ بِخِلافِ جِنْسِ حَقِّه) يَعْنِي إِلا إِذَا كَانَ الحَاصِلُ مِنْ السِّعَايَة بِخِلافِ جِنْسِ حَقِّ المُرْتَهِنِ فَإِنَّهُ لا يَقْضِي بِه دَيْنَهُ بَل يُبْدِلُ بِه جِنْسَ حَقِّه وَيَقْضِي بِه دَيْنَهُ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الوُصُولُ) دَلِيلُ وُجُوبِ السِّعَايَةِ عَلى العَبْدِ. وَقَوْلُهُ (نَذْكُرُهُ) يَعْنِي فِي هَذَا البَابِ فِي مَسْأَلة اسْتِيلادِ الأَمَةِ المَرْهُونَة.

وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا لِتَكْمِيله) يَعْنِي وَإِنْ عَتَقَ عِنْدَهُمَا لَكِنْ فِي عِتْقِه نُقْصَانٌ لِكَوْنِه مَطْلُوبًا بِالسِّعَايَة، فَإِذَا أَدَّاهَا كَمُلَ العِتْقُ. وَقَوْلُهُ إِلا رِوَايَةً عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فَإِنَّ المَبِيعَ مَحْبُوسٌ فِي يَدِ البَائِعِ كَالرَّهْنِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَالمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلكًا) يَعْنِي أَنَّ الرَّهْنَ **إِذَا هَلَكَ فِي يَدِه** كَانَ مَالِكًا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، وَبَاقِي كَلامِه وَاضِحٌ.

(وَلو أَقَرَّ المَولى بِرَهنِ عَبدِهِ) بِأَن قَال (لهُ رَهَنتُك عِندَ فُلانٍ وَكَذَّبَهُ العَبدُ ثُمَّ أَعتَقَهُ تَجِبُ السِّعَايَةُ) عِندَنَا خِلافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يُعتَبَرُ بِإِقرَارِهِ بَعدَ العِتقِ وَنَحنُ نَقُولُ أَقَرَّ بِتَعَلُّقِ الحَقِّ فِي حَالٍ يَملِكُ التَّعلِيقَ فِيهِ لِقِيَامِ مِلكِهِ فَيَصِحُّ، بِخِلافِ مَا بَعدَ العِتقِ؛ لأَنَّهُ حَال انقِطَاعِ الوِلايَةِ قَال (وَلو دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ صَحَّ تَدبِيرُهُ بِالاتِّفَاقِ) أَمَّا عِندَنَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِندَهُ؛ لأَنَّ التَّدبِيرَ لا يَمنَعُ البَيعَ عَلى أَصلِهِ (وَلو كَانَت أَمَةً فَاستَولدَهَا الرَّاهِنُ صَحَّ الاستِيلادُ بِالاتِّفَاقِ)؛ لأَنَّهُ يَصِحُّ بِأَدنَى الحَقَّينِ وَهُوَ مَا للأَبِ فِي جَارِيَةِ الابنِ فَيَصِحُّ بِالأَعلى (وَإِذَا صَحَّا خَرَجَا مِن الرَّهنِ) لِبُطلانِ المَحَلِيَّةِ؛ إِذ لا يَصِحُّ استِيفَاءُ الدَّينِ مِنهُمَا (فَإِن كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا) عَلى التَّفصِيلِ الذِي ذَكَرنَاهُ فِي الإِعتَاقِ (وَإِن كَانَ مُعسِرًا استَسعَى المُرتَهِنُ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلدِ فِي جَمِيعِ الدَّينِ)؛ لأَنَّ كَسبَهُمَا مَالُ المَولى، بِخِلافِ المُعتَقِ حَيثُ يَسعَى فِي الأَقَل مِن الدَّينِ وَمِن القِيمَةِ؛ لأَنَّ كَسبَهُ حَقُّهُ، وَالمُحتَبَسُ عِندَهُ لِيسَ إِلا قَدرَ القِيمَةِ فَلا يُزَادُ عَليهِ، وَحَقُّ المُرتَهِنِ بِقَدرِ الدَّينِ فَلا تَلزَمُهُ الزِّيَادَةُ وَلا يَرجِعَانِ بِمَا يُؤَدِّيَانِ عَلى المَولى بَعدَ يَسَارِهِ؛ لأَنَّهُمَا أَدَّيَاهُ مِن مَال المَولى، وَالمُعتَقُ يَرجِعُ؛ لأَنَّهُ أَدَّى مِلكَهُ عَنهُ وَهُوَ مُضطَرٌّ عَلى مَا مَرَّ وَقِيل الدَّينُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلا يَسعَى المُدَبَّرُ فِي قِيمَتِهِ قِنًّا؛ لأَنَّهُ عِوَضُ الرَّهنِ حَتَّى تُحبَسَ مَكَانَهُ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِ العِوَضِ، بِخِلافِ

مَا إذَا كَانَ حَالا؛ لأَنَّهُ يَقضِي بِهِ الدَّينَ، وَلو أعتقَ الرَّاهِنُ المُدَبَّرَ وَقد قضَى عليهِ بِالسِّعَايَةِ أو لم يَقضِ لم يَسعَ إلا بِقدرِ القِيمَةِ؛ لأنَّ كَسبَهُ بَعدَ العتقِ مِلكُهُ، وَمَا أدَّاهُ قبل العتقِ لا يَرجِعُ بِهِ عَلى مَولاهُ لأنَّهُ أدَّاهُ من مَال المَولى.

الشرح:

قَال (وَلَوْ دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ صَحَّ تَدْبِيرُهُ إلخْ) الرَّاهِنُ إذَا دَبَّرَ الرَّهْنَ صَحَّ تَدْبِيرُهُ بِالاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ لأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ العِتْقِ وَحَقِيقَتُهُ لَمْ تُمْنَعْ فَحَقُّهُ أَوْلى، وَأَمَّا عِنْدَهُ: أَيْ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فَلأَنَّهُ لا يَمْنَعُ البَيْعَ فَلا يَبْطُلُ حَقُّ المُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا صَحَّا) يَعْنِي التَّدْبِيرَ وَالاسْتِيلادَ (خَرَجَا) أَيْ المُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَدِ: يَعْنِي عِنْدَنَا. وَأَمَّا عِنْدَهُ فَإِنَّ المُدَبَّرَ لا يَخْرُجُ مِنْهُ لِقَبُولِه حُكْمِ الرَّهْنِ كَمَا مَرَّ آنِفًا، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَال (وَكَذَلكَ لو استَهلكَ الرَّاهِنُ الرَّهنَ)؛ لأَنَّهُ حَقٌّ مُحتَرَمٌ مَضمُونٌ عَليهِ بِالإتلافِ، وَالضَّمَانُ رَهنٌ فِي يَدِ المُرتَهِنِ لقِيَامِهِ مَقَامَ العَينِ (فَإِن استَهلكَهُ أجنَبِيٌّ فَالمُرتَهِنُ هُوَ الخَصمُ فِي تَضمِينِه فَيَأخُذُ القِيمَةَ وَتَكُونُ رَهنًا فِي يَدِهِ)؛ لأَنَّهُ أحَقُّ بِعَينِ الرَّهنِ حَال قِيَامِهِ فَكَذَا فِي استِردَادِ مَا قَامَ مَقَامَهُ، وَالوَاجِبُ عَلى هَذَا المُستَهلكِ قِيمَتُهُ يَومَ هَلك، فَإِن كَانَت قِيمَتُهُ يَومَ استَهلكَهُ خَمسَمِائَةٍ وَيَومَ رَهَنَ ألفًا غرِمَ خَمسَمِائَةٍ وَكَانَت رَهنًا وَسَقَطَ مِن الدَّينِ خَمسُمِائَةٍ فَصَارَ الحُكمُ فِي الخَمسِمِائَةِ الزِّيَادَةَ كَأَنَّهَا هَلكَت بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، وَالمُعتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهنِ القِيمَةُ يَومَ القَبضِ لا يَومَ الفِكَاكِ؛ لأنَّ القَبضَ السَّابِقَ مَضمُونٌ عَليهِ؛ لأَنَّهُ قَبضٌ استِيفَاءً، إلا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ عِندَ الهَلاكِ (وَلو استَهلكَهُ المُرتَهِنُ وَالدَّينُ مُؤَجَّلٌ غرِمَ القِيمَةَ)؛ لأَنَّهُ أتلفَ مِلكَ الغَيرِ (وَكَانَت رَهنًا فِي يَدِهِ حَتَّى يَحِل الدَّينُ)؛ لأنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ العَينِ فَأَخَذَ حُكمَهُ (وَإِذَا حَل الدَّينُ وَهُوَ عَلى صِفَةِ القِيمَةِ استَوفَى المُرتَهِنُ مِنهَا قَدرَ حَقِّهِ)؛ لأَنَّهُ جِنسُ حَقِّهِ (ثُمَّ إن كَانَ فِيهِ فَضلٌ يَرُدُّهُ عَلى الرَّاهِنِ)؛ لأَنَّهُ بَدَلُ مِلكِهِ وَقد فَرَغَ عَن حَقِّ المُرتَهِنِ (وَإِن نَقَصَت عَن الدَّينِ بِتَرَاجُعِ السِّعرِ إلى خَمسِمِائَةٍ وَقد كَانَت قِيمَتُهُ يَومَ الرَّهنِ ألفًا وَجَبَ بِالاستِهلاكِ خَمسُمِائَةٍ وَسَقَطَ مِن الدَّينِ خَمسُمِائَةٍ)؛ لأنَّ مَا انتَقَصَ كَالهَالكِ وَسَقَطَ الدَّينُ بِقَدرِهِ، وَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَومَ القَبضِ فَهُوَ مَضمُونٌ بِالقَبضِ السَّابِقِ لا بِتَرَاجُعِ السِّعرِ، وَوَجَبَ عَليهِ البَاقِي بِالإتلافِ وَهُوَ قِيمَتُهُ يَومَ أتلفَ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ لوْ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِه فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا. وَقَوْلُهُ وَالوَاجِبُ عَلى هَذَا المُسْتَهْلِك: يَعْنِي الأَجْنَبِيَّ، وَقَيَّدَهُ بِذَلِكَ احْتِرَازًا عَنْ اسْتِهْلاكِ المُرْتَهِنِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبَضَ لا يَوْمَ هَلَكَ كَمَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ) يَعْنِي تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَضْمُونَةً عَلى المُرْتَهِنِ. وَقَوْلُهُ (وَالمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهْنِ) تَعْلِيلُ ذَلِكَ، قِيل عَلَيْهِ النُّقْصَانُ إِنَّمَا هُوَ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ وَأَنَّهُ لا يُسْقِطُ مِنْ الدَّيْنِ شَيْئًا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ العَيْنَ قَدْ تَغَيَّرَتْ فَكَانَتْ بِمَثَابَةِ لوْ كَانَتْ بَاقِيَةً تَرْجِعُ إلى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ، فَبِالهَلاكِ فَاتَتْ تِلكَ الصَّلاحِيَةُ، وَقَدْ ثَبَتَ فِي ابْتِدَاءِ القَبْضِ ضَمَانُ تِلكَ القِيمَةِ فَسَقَطَ قَدْرُ النُّقْصَانِ مِنْ العَيْنِ عِنْدَ القَتْلِ، بِخِلافِ مَا إذَا لَمْ تَتَغَيَّرْ العَيْنُ وَقَدْ تَرَاجَعَ السِّعْرُ، لأَنَّ العَيْنَ التِي قَبَضَهَا بِحَالِهَا مِنْ غَيْرِ تَفَاوُتٍ فَلا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنْ الدَّيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ نَقَصَتْ عَنْ الدَّيْنِ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ) إشَارَةٌ إلى هَذَا السُّؤَالِ وَالجَوَابِ.

قَال (وَإِذَا أَعَارَ المُرتَهِنُ الرَّهنَ للرَّاهِنِ ليَخدُمَهُ أَو ليَعمَل لهُ عَمَلا فَقَبَضَهُ خَرَجَ مِن ضَمَانِ المُرتَهِنِ) لمُنَافَاةٍ بَينَ يَدِ العَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهنِ (فَإِن هَلكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلكَ بِغَيرِ شَيءٍ) لفَوَاتِ القَبضِ المَضمُونِ (وَللمُرتَهِنِ أَن يَستَرجِعَهُ إلى يَدِهِ)؛ لأَنَّ عَقدَ الرَّهنِ بَاقٍ إلا فِي حُكمِ الضَّمَانِ فِي الحَال؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو هَلكَ الرَّاهِنُ قَبل أَن يَرُدَّهُ عَلى المُرتَهِنِ كَانَ المُرتَهِنُ أَحَقَّ بِهِ مِن سَائِرِ الغُرَمَاءِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ يَدَ العَارِيَّةِ ليسَت بِلازِمَةٍ وَالضَّمَانُ ليسَ مِن لوَازِمِ الرَّهنِ عَلى كُل حَالٍ؛ أَلا تَرَى أَنَّ حُكمَ الرَّهنِ ثَابِتٌ فِي وَلدِ الرَّهنِ وَإِن لم يَكُن مَضمُونًا بِالهَلاكِ، وَإِذَا بَقِيَ عَقدُ الرَّهنِ فَإِذَا أَخَذَهُ عَادَ الضَّمَانُ؛ لأَنَّهُ عَادَ القَبضُ فِي عَقدِ الرَّهنِ فَيَعُودُ بِصِفَتِهِ (وَكَذَلكَ لو أَعَارَهُ أَحَدُهُمَا أَجنَبِيًّا بِإِذنِ الآخَرِ سَقَطَ حُكمُ الضَّمَانِ) لمَا قُلنَا (وَلكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا أَن يَرُدَّهُ رَهنًا كَمَا كَانَ)؛ لأَنَّ لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا حَقًّا مُحتَرَمًا فِيهِ وَهَذَا بِخِلافِ الإِجَارَةِ وَالبَيعِ وَالهِبَةِ مِن أَجنَبِيٍّ إذَا بَاشَرَهَا أَحَدُهُمَا بِإِذنِ الآخَرِ حَيثُ يَخرُجُ عَن الرَّهنِ فَلا يَعُودُ إلا بِعَقدٍ مُبتَدَإٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَعَارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ للرَّاهِنِ) فِيهِ تَسَامُحٌ، لأَنَّ الإِعَارَةَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ

بِغَيْرِ عِوَضٍ وَالْمُرْتَهِنُ لا يَمْلِكُهَا فَكَيْفَ يَمْلِكُهَا غَيْرُهُ، وَلَكِنْ لَمَّا عُومِلَ مُعَامَلَةَ الإِعَارَةِ مِنْ عَدَمِ الضَّمَانِ وَتَمَكُّنِ اسْتِرْدَادِ الْمُعِيرِ أَطْلَقَ الإِعَارَةَ. وَقَوْلُهُ (لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ الْعَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ) لأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ يُوجِبُ الضَّمَانَ وَقَبْضَ الْعَارِيَّةِ لا يُوجِبُهُ. وَفِي إِيجَابِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ الإِعَارَةِ يَلْزَمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، وَذَلِكَ لأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ يَدُ الرَّاهِنِ بَعْدَ الإِعَارَةِ يَدَ الْمُرْتَهِنِ، وَيَدُهُ إِذْ ذَاكَ يَدُ عَارِيَّةٍ وَفِي ذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَهُمَا لا مَحَالَةَ، فَاعْتَبَرْنَا يَدَ الرَّاهِنِ يَدَ رَهْنٍ لِلُزُومِ عَقْدِ الرَّهْنِ وَأَزَلْنَا الضَّمَانَ لِفَوَاتِ الْقَبْضِ الْمُوجِبِ لَهُ وَهُوَ مَحْسُوسٌ لا يَرِدُ، وَلِجَوَازِ انْفِكَاكِ الرَّهْنِ عَنْ كَوْنِهِ مَضْمُونًا فِي الْجُمْلَةِ كَمَا فِي وَلَدِ الرَّهْنِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ فِي غَايَةِ التَّحْقِيقِ شَكَرَ اللهُ سَعْيَهُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ الْعَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ مَا ذَكَرْنَا مِنْ إِعَارَةِ أَحَدِهِمَا بِإِذْنِ الآخَرِ أَجْنَبِيًّا (بِخِلافِ الإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ) وَجُمْلَةُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ سِتَّةٌ: الْعَارِيَّةُ، الْوَدِيعَةُ، وَالرَّهْنُ، وَالإِجَارَةُ، وَالْبَيْعُ، وَالْهِبَةُ فَالْعَارِيَّةُ تُوجِبُ سُقُوطَ الضَّمَانِ سَوَاءٌ كَانَ الْمُسْتَعِيرُ هُوَ الرَّاهِنَ أَوْ الْمُرْتَهِنَ إِذَا هَلَكَ حَالَةَ الاسْتِعْمَالِ أَوْ أَجْنَبِيًّا وَلا يُرْفَعُ عَقْدُ الرَّهْنِ، وَحُكْمُ الْوَدِيعَةِ كَحُكْمِ الْعَارِيَّةِ، وَالرَّهْنُ يُبْطِلُ عَقْدَ الرَّهْنِ، وَأَمَّا الإِجَارَةُ فَالْمُسْتَأْجِرُ إِنْ كَانَ هُوَ الرَّاهِنَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَعَارَ مِنْهُ أَوْ أَوْدَعَهُ فَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَهِنَ وَجَدَّدَ الْقَبْضَ لِلإِجَارَةِ أَوْ أَجْنَبِيًّا بِمُبَاشَرَةِ أَحَدِهِمَا الْعَقْدَ بِإِذْنِ الآخَرِ بَطَلَ الرَّهْنُ وَالأُجْرَةُ لِلرَّاهِنِ وَوِلايَةُ الْقَبْضِ لِلْعَاقِدِ وَلا يَعُودُ رَهْنًا إِلا بِالاسْتِئْنَافِ، وَأَمَّا الْبَيْعُ وَالْهِبَةُ فَإِنَّ الْعَقْدَ يَبْطُلُ بِهِمَا إِذَا كَانَا مِنْ الْمُرْتَهِنِ أَوْ أَجْنَبِيٍّ بِمُبَاشَرَةِ أَحَدِهِمَا بِإِذْنِ الآخَرِ، وَأَمَّا مِنْ الرَّاهِنِ فَلا يُتَصَوَّرُ.

(وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ قَبْلَ الرَّدِّ إِلَى الْمُرْتَهِنِ يَكُونُ الْمُرْتَهِنُ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ)؛ لأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالرَّهْنِ حَقٌّ لازِمٌ بِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ فَيَبْطُلُ بِهِ حُكْمُ الرَّهْنِ، أَمَّا بِالْعَارِيَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لازِمٌ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا اسْتَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِنَ الرَّاهِنِ لِيَعْمَلَ بِهِ فَهَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ فِي الْعَمَلِ هَلَكَ عَلَى ضَمَانِ الرَّهْنِ) لِبَقَاءِ يَدِ الرَّهْنِ (وَكَذَا إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ) لارْتِفَاعِ يَدِ الْعَارِيَّةِ (وَلَوْ هَلَكَ فِي حَالَةِ الْعَمَلِ هَلَكَ بِغَيْرِ ضَمَانٍ) لِثُبُوتِ يَدِ الْعَارِيَّةِ بِالاسْتِعْمَالِ، وَهِيَ مُخَالِفَةٌ لِيَدِ الرَّاهِنِ فَانْتَفَى الضَّمَانُ (وَكَذَا إِذَا أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بِالاسْتِعْمَالِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِي صُورَةِ العَارِيَّةِ، ثُمَّ لوْ اخْتلفَا فِي وَقْتِ الهَلاكِ فَالقَوْلُ للمُرْتَهنِ وَالبَيِّنَةُ للرَّاهنِ.

(وَمَن استعَارَ مِن غيرِهِ ثوبًا ليَرهَنَهُ فمَا رَهَنَهُ بِهِ مِن قَليلٍ أو كثيرٍ فهُوَ جَائِزٌ)؛ لأنَّهُ مُتبَرِّعٌ بِإثبَاتِ مِلكِ اليَدِ فيُعتبَرُ بالتَّبَرُّعِ بِإثبَاتِ مِلكِ العَينِ واليَدِ وَهُوَ قَضَاءُ الدَّينِ، وَيَجُوزُ أن يَنفصِل مِلكُ اليَدِ عَن مِلكِ العَينِ ثُبُوتًا للمُرتَهنِ كمَا يَنفصِلُ زَوَالا فِي حَقِّ البَائِعِ، وَالإطلاقُ وَاجِبُ الاعتِبَارِ خُصُوصًا فِي الإعَارَةِ؛ لأنَّ الجَهَالة فِيهَا لا تُفضِي إلى المُنَازعَةِ (وَلو عيَّنَ قدرًا لا يَجُوزُ للمُستَعِيرِ أن يَرهَنَهُ بِأكثرَ مِنهُ، وَلا بِأقل مِنهُ)؛ لأنَّ التَّقيِيدَ مُفِيدٌ، وَهُوَ يَنفِي الزِّيَادَةَ؛ لأنَّ غرَضَهُ الاحتِبَاسُ بِمَا تَيَسَّرَ أدَاؤُهُ، وَيَنفِي النُّقصَانَ أيضًا؛ لأنَّ غرَضَهُ أن يَصِيرَ مُستَوفِيًا للأكثرِ بِمُقَابَلتِهِ عِندَ الهَلاكِ ليَرجِعَ بِهِ عَليهِ (وَكذَلكَ التَّقيِيدُ بِالجِنسِ وَبِالمُرتَهنِ وَبِالبَلدِ)؛ لأنَّ كُل ذَلكَ مُفِيدٌ لتَيَسُّرِ البَعضِ بِالإضَافةِ إلى البَعضِ وَتفَاوُتِ الأشخَاصِ فِي الأمَانَةِ وَالحِفظِ (فإذَا خَالفَ كَانَ ضَامِنًا، ثُمَّ إن شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُستَعِيرَ وَيَتِمُّ عَقدُ الرَّهنِ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ المُرتَهنِ)؛ لأنَّهُ مَلكَهُ بِأدَاءِ الضَّمَانِ فتَبَيَّنَ أنَّهُ رَهَنَ مِلكَ نَفسِهِ (وَإن شَاءَ ضَمَّنَ المُرتَهنَ، وَيَرجِعُ المُرتَهنُ بِمَا ضَمِنَ وَبِالدَّينِ عَلى الرَّاهِنِ) وَقد بَيَّنَّاهُ فِي الاستِحقَاقِ (وَإن وَافقَ) بِأن رَهَنَهُ بِمِقدَارِ مَا أمَرَهُ بِهِ (إن كَانَت قِيمَتُهُ مِثل الدَّينِ أو أكثرَ فهَلكَ عِندَ المُرتَهنِ يَبطُلُ المَالُ عَن الرَّاهِنِ) لتَمَامِ الاستِيفَاءِ بِالهَلاكِ (وَوَجَبَ مِثلُهُ لرَبِّ الثَّوبِ عَلى الرَّاهِنِ)؛ لأنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَينَهُ بِمَالهِ بِهَذَا القَدرِ وَهُوَ المُوجِبُ للرُّجُوعِ دُونَ القَبضِ بِذَاتِهِ؛ لأنَّهُ بِرِضَاهُ، وَكذَلكَ إن أصَابَهُ عَيبٌ ذَهَبَ مِن الدَّينِ بِحِسَابِهِ وَوَجَبَ مِثلُهُ لرَبِّ الثَّوبِ عَلى الرَّاهِنِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ. (وَإن كَانَت قِيمَتُهُ أقَل مِن الدَّينِ ذَهَبَ بِقَدرِ القِيمَةِ وَعَلى الرَّاهِنِ بَقِيَّةُ دَينِهِ للمُرتَهنِ)؛ لأنَّهُ لم يَقَع الاستِيفَاءُ بِالزِّيَادَةِ عَلى قِيمَتِهِ وَعَلى الرَّاهِنِ لصَاحِبِ الثَّوبِ مَا صَارَ بِهِ مُوفِيًا لمَا بَيَّنَّاهُ (وَلو كَانَت قِيمَتُهُ مِثل الدَّينِ فَأرَادَ المُعِيرُ أن يَفتَكَّهُ جَبرًا عَن الرَّاهِنِ لم يَكُن للمُرتَهنِ إذَا قَضَى دَينَهُ أن يَمتَنِعَ)؛ لأنَّهُ غيرُ مُتبَرِّعٍ حَيثُ يُخلِصُ مِلكَهُ وَلهَذَا يَرجِعُ عَلى الرَّاهِنِ بِمَا أدَّى المُعِيرُ فأجبِرَ المُرتَهنُ عَلى الدَّفعِ (بِخِلافِ الأجنَبِيِّ إذَا قَضَى الدَّينَ)؛ لأنَّهُ مُتبَرِّعٌ؛ إذ هُوَ لا يَسعَى فِي تَخلِيصِ مِلكِهِ وَلا فِي تَفرِيغِ ذِمَّتِهِ فكَانَ للطَّالبِ أن لا يَقبَلهُ (وَلو هَلكَ

الثَّوبُ العَارِيَّةُ عِندَ الرَّاهِنِ قَبلَ أَن يَرهَنَهُ أَو بَعدَ مَا افتَكَّهُ فَلا ضَمَانَ عَلَيهِ)؛ لأَنَّهُ لا يَصِيرُ قَاضِيًا بِهَذَا، وَهُوَ الْمُوجِبُ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَلَو اختَلَفَا فِي ذَلِكَ فَالقَولُ لِلرَّاهِنِ) لأَنَّهُ يُنكِرُ الإِيفَاءَ بِدَعوَاهُ الهَلاكَ فِي هَاتَينِ الحَالَتَينِ. (كَمَا لَو اختَلَفَا فِي مِقدَارِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهنِ بِهِ فَالقَولُ لِلمُعِيرِ)؛ لأَنَّ القَولَ قَولُهُ فِي إِنكَارِ أَصلِهِ فَكَذَا فِي إِنكَارِ وَصفِهِ (وَلَو رَهَنَهُ الْمُستَعِيرُ بِدَينٍ مَوعُودٍ وَهُوَ أَن يَرهَنَهُ بِهِ لِيُقرِضَهُ كَذَا فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرتَهِنِ قَبلَ الإِقرَاضِ وَالْمُسَمَّى وَالقِيمَةُ سَوَاءٌ يَضمَنُ قَدرَ الْمَوعُودِ الْمُسَمَّى) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ كَالْمَوجُودِ وَيَرجِعُ الْمُعِيرُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمِثلِهِ؛ لأَنَّ سَلامَةَ مَالِيَّةِ الرَّهنِ بِاستِيفَائِهِ مِنَ الْمُرتَهِنِ كَسَلامَتِهِ بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ عَنهُ

الشرح:

قَال (وَمَنْ اسْتَعَارَ مِنْ غَيْرِهِ ثَوْبًا إلخ) وَمَنْ **اسْتَعَارَ ثَوْبًا لِيَرْهَنَهُ** فَالْمُعِيرُ إِمَّا أَنْ يُطْلِقَ فِي ذَلِكَ أَوْ يُقَيِّدَهُ بِشَيْءٍ. فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَمَا رَهَنَهُ الْمُسْتَعِيرُ بِهِ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ جَائِزٌ عَمَلا بِالإِطْلاقِ وَكَانَ ذَلِكَ تَبَرُّعًا مِنْ الْمُعِيرِ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْيَدِ فَيُعْتَبَرُ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْعَيْنِ وَالْيَدِ جَمِيعًا بِأَنْ اسْتَأْذَنَ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنًا عَلَيْهِ بِمَالِهِ. فَإِنْ قِيلَ: اعْتِبَارٌ غَيْرُ صَحِيحٍ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ صِحَّةُ ذَلِكَ لاجْتِمَاعِ الْعَيْنِ وَالْيَدِ فِيهِ. فَالْجَوَابُ أَنَّ الاتِّصَالَ غَيْرُ مَانِعٍ لِعَدَمِ اسْتِلْزَامِ أَحَدِهِمَا الآخَرَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْفَصِلَ مِلْكُ الْيَدِ عَنْ مِلْكِ الْعَيْنِ ثُبُوتًا كَالصَّبِيِّ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ مِلْكُ الْعَيْنِ دُونَ الْيَدِ، وَزَوَالا كَالْبَائِعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ يَزُولُ مِلْكُ الْيَدِ دُونَ مِلْكِ الْعَيْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ لِلْمُرْتَهِنِ مِلْكُ الْيَدِ دُونَ الْعَيْنِ. قَوْلُهُ (لأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيهَا لا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ) يَعْنِي الْمُنَازَعَةَ الْمَانِعَةَ مِنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَإِنَّهَا هِيَ الْمُفْسِدَةُ لِلْعَقْدِ، فَصَارَ كَمَا إذَا أَعَارَ ثَوْبًا وَأَطْلَقَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي سَوَاءٌ كَانَ التَّقْيِيدُ بِالْقَدْرِ أَوْ الْجِنْسِ أَوْ الْمُرْتَهِنِ أَوْ الْبَلَدِ ضَمِنَ الْقِيمَةَ بِالْمُخَالَفَةِ لِصَيْرُورَتِهِ غَاصِبًا بِالتَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إذْنِهِ، فَإِنْ كَانَ التَّقْيِيدُ بِالْقَدْرِ هِيَ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ لِفَوَاتِ الْغَرَضِ فَإِنَّ غَرَضَهُ الاحْتِبَاسُ بِمَا تَيَسَّرَ أَدَاؤُهُ إنْ احْتَاجَ إلَى فِكَاكِهِ وَهُوَ أَقَلُّ الْمَالَيْنِ، فَالزِّيَادَةُ زِيَادَةُ ضَرَرٍ وَبَقِيَ النُّقْصَانُ لأَنَّ غَرَضَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ أَكْثَرَ الْمَالَيْنِ إنْ **هَلَكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ**، فَإِنَّ الرَّاهِنَ يَرُدُّ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا تَمَّ الاسْتِيفَاءُ بِهِ بِالْهَلاكِ، وَيَفُوتُ ذَلِكَ إذَا رَهَنَ بِالأَقَلِّ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَوَجَبَ مِثْلُهُ) أَيْ مِثْلُ مَا تَمَّ الاسْتِيفَاءُ بِهِ بِالْهَلاكِ وَهُوَ مِقْدَارُ الدَّيْنِ الْمُسَمَّى لا مِثْلُ قِيمَةِ الثَّوْبِ إنْ كَانَتْ أَكْثَرَ، لأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ عِنْدَ الْهَلاكِ

أَمَانَةٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَهُوَ مَا إِذَا وَافَقَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُعِيرَ فِيمَا شَرَطَهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (أَنْ يَفْتَكَّهُ جَبْرًا عَنْ الرَّاهِنِ) قِيلَ مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ. وَقِيلَ نِيَابَةً وَلَعَلَّهُ مِنْ الْجُبْرَانِ: يَعْنِي جُبْرَانًا لِمَا فَاتَ عَنْ الرَّاهِنِ مِنْ الْقَضَاءِ بِنَفْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّى) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: لَيْسَ مُجْرًى عَلَى إِطْلَاقِهِ، بَلْ مَعْنَاهُ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّى إِذَا كَانَ مَا أَدَّاهُ بِقَدْرِ الْقِيمَةِ لَا مَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا: يَعْنِي إِنْ كَانَ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَلْفًا وَرَهَنَهُ بِأَلْفَيْنِ فَافْتَكَّهُ الْمُعِيرُ بِأَلْفَيْنِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا زَادَ عَلَى قِيمَتِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ لَمْ يَضْمَنْ الرَّاهِنُ لِلْمُعِيرِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَيْسَ بِوَارِدٍ عَلَى الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْقِيمَةُ مِثْلَ الدَّيْنِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ) أَيْ فِي كَوْنِ الْهَلَاكِ حَالَ الرَّهْنِ أَوْ غَيْرَهُ فَقَالَ الْمُعِيرُ هَلَكَ حَالَ الرَّهْنِ وَقَالَ الْمُسْتَعِيرُ هَلَكَ قَبْلَ الرَّهْنِ أَوْ بَعْدَ الِافْتِكَاكِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ لِمَا ذُكِرَ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُعِيرِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الضَّمَانَ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا ادَّعَى الرَّاهِنُ الْهَلَاكَ بَعْدَ الْفِكَاكِ فَقَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وَهُوَ رَهْنُهُ الثَّوْبَ بِدَيْنِهِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يَنْسَخُهُ وَهُوَ الْفِكَاكُ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ حُجَّةٍ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْغَاصِبُ رَدَّ الْمَغْصُوبِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُوجِبَ لِلضَّمَانِ فَرَاغُ ذِمَّتِهِ عَنْ الدَّيْنِ بِمَالِيَّةِ الرَّهْنِ وَلَمْ يُقِرَّ بِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ اخْتَلَفَا) هَكَذَا فِي نُسْخَةِ قِرَاءَتِي عَلَى الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَدْ وَقَعَ فِي النُّسَخِ كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا قَالَ فِي النِّهَايَةِ وَغَيْرِهِ مِنْ الشُّرُوحِ: لَيْسَ بِصَحِيحٍ وَالصَّوَابُ بِالْوَاوِ لِأَنَّ فِي لَفْظِ كَمَا يَخْتَلِفُ الْغَرَضُ، إِذْ فِي الْأَوَّلِ الْقَوْلُ لِلرَّاهِنِ وَهُوَ الْمُسْتَعِيرُ وَفِي الثَّانِي لِلْمُعِيرِ فَكَيْفَ يَصِحُّ التَّشْبِيهُ. وَقَوْلُهُ (فِي إِنْكَارِ أَصْلِهِ) يُرِيدُ عَقْدَ الْعَارِيَّةِ.

(وَلَو كَانَت العَارِيَّةُ عَبدًا فَأَعتَقَهُ المُعِيرُ جَازَ) لِقِيَامِ مِلكِ الرَّقَبَةِ (ثُمَّ المُرتَهِنُ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ رَجَعَ بِالدَّينِ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ لَم يَستَوفِهِ (وَإِن شَاءَ ضَمِنَ المُعِيرُ قِيمَتَهُ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ قَد تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ بِرِضَاهُ وَقَد أَتلَفَهُ بِالإِعتَاقِ (وَتَكُونُ رَهنًا عِندَهُ إِلَى أَن يَقبِضَ دَينَهُ فَيَرُدَّهَا إِلَى المُعِيرِ)؛ لِأَنَّ استِردَادَ القِيمَةِ كَاستِردَادِ العَينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ اسْتِرْدَادَ القِيمَةِ كَاسْتِرْدَادِ العَيْنِ) يَعْنِي أَنَّ **المُرْتَهِنَ اسْتَرَدَّ قِيمَةَ الرَّهْنِ مِنْ المُعِيرِ** وَاسْتِرْدَادُ القِيمَةِ كَاسْتِرْدَادِ العَيْنِ، وَلَوْ اسْتَرَدَّ العَيْنَ ثُمَّ اسْتَوْفَى دَيْنَهُ مِنْ الرَّاهِنِ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ العَيْنِ فَكَذَلِكَ رَدُّ قِيمَتِه.

(وَلو استَعَارَ عَبدًا أَو دَابَّةً لِيَرهَنَهُ فَاستَخدَمَ العَبدَ أَو رَكِبَ الدَّابَّةَ قَبل أَن يَرهَنَهُمَا ثُمَّ رَهَنَهُمَا بِمَالٍ مِثل قِيمَتِهِمَا ثُمَّ قَضَى المَالَ فَلَم يَقبِضهُمَا حَتَّى هَلَكَا عِندَ المُرتَهِنِ فَلا ضَمَانَ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لأَنَّهُ قَد بَرِئَ مِن الضَّمَانِ حِينَ رَهَنَهُمَا، فَإِنَّهُ كَانَ أَمِينًا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلى الوِفَاقِ (وَكَذَا إِذَا افتَكَّ الرَّهنَ ثُمَّ رَكِبَ الدَّابَّةَ أَو استَخدَمَ العَبدَ فَلم يَعطَب ثُمَّ عَطِبَ بَعدَ ذَلكَ مِن غَيرِ صُنعِهِ لا يَضمَنُ)؛ لأَنَّهُ بَعدَ الفِكَاكِ بِمَنزِلَةِ المُودَعِ لا بِمَنزِلَةِ المُستَعِيرِ لانتِهَاءِ حُكمِ الاستِعَارَةِ بِالفِكَاكِ وَقَد عَادَ إِلى الوِفَاقِ فَيَبرأ عَن الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلافِ المُستَعِيرِ؛ لأَنَّ يَدَهُ يَدُ نَفسِهِ فَلا بُدَّ مِن الوُصُولِ إِلى يَدِ المَالكِ، أَمَّا المُستَعِيرُ فِي الرَّهنِ فَيَحصُلُ مَقصُودُ الآمِرِ وَهُوَ الرُّجُوعُ عَليهِ عِندَ الهَلاكِ وَتَحَقُّقِ الاستِيفَاءِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ **اسْتَعَارَ عَبْدًا أَوْ دَابَّةً لِيَرْهَنَهُ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ فِي آخِرِهِ (أَمَّا المُسْتَعِيرُ فِي الرَّهْنِ فَيَحْصُلُ مَقْصُودُ الآمِرِ) يَعْنِي بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ إِلَى المُرْتَهِنِ سَعَى فِي جَعْلِ المُسْتَعِيرِ فِي الرَّهْنِ بِمَعْنَى المُودَعِ لِيَكُونَ التَّسْلِيمُ إِلَى المُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ رَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ فَيَبْرَأَ مِنْ الضَّمَانِ، وَهُوَ صَحِيحٌ ظَاهِرٌ إِذَا كَانَ الاسْتِعْمَالُ قَبْلَ الرَّهْنِ، أَمَّا بَعْدَ فِكَاكِهِ فَلَيْسَ ثَمَّةَ تَحْصِيلُ مَقْصُودِ الآمِرِ فَلا يَكُونُ دَافِعًا لِمَا يَرِدُ مِنْ صُورَةِ المُسْتَعِيرِ فِي غَيْرِ الرَّهْنِ.

وَقَدْ أُجِيبَ بِأَنَّ ثَمَّ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ المُعِيرِ وَهُوَ المُسْتَعِيرُ نَفْسُهُ قَدْ وُجِدَ، لأَنَّ الرَّاهِنَ الذِي هُوَ المُسْتَعِيرُ بَعْدَ الفِكَاكِ مُودَعٌ وَالمُودَعُ يَبْرَأُ بِالعَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ. فَالعَوْدُ إِلَى الوِفَاقِ قَبْلَ الرَّهْنِ كَأَنَّهُ رَدَّ إِلَى صَاحِبِهِ حُكْمًا وَبَعْدَهُ إِلَى نَائِبِهِ كَذَلِكَ وَهَذَا الذِي اخْتَارَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ مُخْتَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ رَحِمَهُ اللهُ. وَأَمَّا اخْتِيَارُ شَيْخِ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللهُ فَهُوَ أَنَّ المُسْتَعِيرَ يَبْرَأُ عَنْ الضَّمَانِ بِالعَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ دَلَّتْ عَلَيْهِ هَذِهِ المَسْأَلَةُ.

قَال (وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهنِ مَضمُونَةٌ)؛ لأَنَّهُ تَفوِيتُ حَقٍّ لازِمٍ مُحتَرَمٍ، وَتَعَلُّقُ مِثلِهِ بِالمَالِ يَجعَلُ المَالكَ كَالأَجنَبِيِّ فِي حَقِّ الضَّمَانِ كَتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ بِمَالِ المَرِيضِ

مَرَضَ المَوتِ يَمنَعُ نَفَاذَ تَبَرُّعِهِ فِيمَا وَرَاءَ الثُّلُث، وَالعَبدُ المُوصَى بِخِدمَتِهِ إِذَا أَتلفَهُ الوَرَثَةُ ضَمِنُوا قِيمَتَهُ لِيُشتَرَى بِهَا عَبدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ.

الشرح:

قَال (وَجنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلى الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ) مَعْنَاهُ وَاضِحٌ وَعَنَى بِاللازِمِ مَا لا يُقْدَرُ عَلى إسْقَاطه بانْفرَاده وَبِالمُحْتَرَمِ هُوَ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ مَمْنُوعًا عَنْ إبْطَاله.

قَال (وَجنَايَةُ المُرْتَهِنِ عَلَيْه تَسْقُطُ مِنْ دَيْنه بقَدْرِهَا) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلى صِفَةِ الدَّيْنِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ العَيْنَ مِلكُ المَالِك، وَقَدْ تَعَدَّى عَلَيْه المُرْتَهِنُ فَيَضْمَنُهُ لمَالكه.

قَال (وَجِنَايَةُ الرَّهنِ عَلى الرَّاهِنِ وَالمُرتَهِنِ وَعَلى مَالِهِمَا هَدرٌ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: جِنَايَتُهُ عَلى المُرتَهِنِ مُعتَبَرَةٌ، وَالمُرَادُ بِالجِنَايَةِ عَلى النَّفسِ مَا يُوجِبُ المَال، أَمَّا الوِفَاقِيَّةُ فَلأَنَّهَا جِنَايَةُ المَملُوكِ عَلى المَالك؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو مَاتَ كَانَ الكَفَنُ عَليه، بِخِلافِ جِنَايَةِ المَغصُوبِ عَلى المَغصُوبِ مِنهُ؛ لأَنَّ المِلكَ عِندَ أَدَاءِ الضَّمَان يَثبُتُ لِلغَاصِبِ مُستَندًا حَتَّى يَكُونَ الكَفَنُ عَليهِ، فَكَانَت جِنَايَةً عَلى غَيرِ المَالِكِ فَاعتُبِرت وَلَهُمَا فِي الخِلافِيَّةِ أَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلت عَلى غَيرِ مَالِكِهِ وَفِي الاعتِبَارِ فَائِدَةٌ وَهُوَ دَفعُ العَبدِ إِليهِ بِالجِنَايَةِ فَتُعتَبَرُ ثُمَّ إن شَاءَ الرَّاهِنُ وَالمُرتَهِنُ أَبطَلا الرَّهنَ وَدَفَعَاهُ بِالجِنَايَةِ إلى المُرتَهِن، وَإِن قَال المُرتَهِنُ لا أَطلُبُ الجِنَايَةَ فَهُوَ رَهنٌ عَلى حَالِهِ وَلهُ أَنَّ هَذِهِ الجِنَايَةَ لو اعتَبَرنَا لِلمُرتَهِنِ كَانَ عَليهِ التَّطهِيرُ مِن الجِنَايَةِ؛ لأَنَّهَا حَصَلت فِي ضَمَانِهِ فَلا يُفِيدُ وُجُوبُ الضَّمَانِ لهُ مَعَ وُجُوبِ التَّخلِيصِ عَليهِ، وَجِنَايَتُهُ عَلى مَال المُرتَهِنِ لا تُعتَبَرُ بِالاتِّفَاق إِذَا كَانَت قِيمَتُهُ وَالدَّينُ سَوَاءً؛ لأَنَّهُ لا فَائِدَةَ فِي اعتِبَارِهَا؛ لأَنَّهُ لا يَتَمَلكُ العَبدَ وَهُوَ الفَائِدَةُ، وَإِن كَانَت القِيمَةُ أَكثَرَ مِن الدَّينِ؛ فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُعتَبَرُ بِقَدرِ الأَمَانَةِ؛ لأَنَّ الفَضل لَيسَ فِي ضَمَانِهِ فَأَشبَهَ جِنَايَةُ العَبدِ الوَدِيعَةَ عَلى المُستَودَعِ وَعَنهُ أَنَّهَا لا تُعتَبَرُ؛ لأَنَّ حُكمَ الرَّهنِ وَهُوَ الحَبسُ فِيهِ ثَابِتٌ فَصَارَ كَالمَضمُون، وَهَذَا بِخِلافِ جِنَايَةِ الرَّهنِ عَلى ابنِ الرَّاهِنِ أَو ابنِ المُرتَهِنِ؛ لأَنَّ الأَملاكَ حَقِيقَةً مُتَبَايِنَةٌ فَصَارَ كَالجِنَايَةِ عَلى الأَجنَبِيِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمُرَادُ بالجنَايَة عَلى النَّفْسِ مَا يُوجِبُ المَال) يَعْني أَنْ تَكُونَ الجنَايَةُ في النَّفْسِ أَوْ مَا دُونَهَا خَطَأً أَمَّا مَا يُوجِبُ القِصَاصَ فَهُوَ مُعْتَبَرٌ بِالإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا

الوِفَاقِيَّةُ) يَعْنِي أَمَّا وَجْهُ المَسْأَلة التِي اتَّفَقُوا فِي حُكْمِهَا وَهِيَ أَنَّ **جِنَايَةَ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ** هَدَرٌ (فَلأَنَّهَا جنَايَةُ المَمْلُوك عَلَى المَالك) فِيمَا يُوجبُ المَال بدَليل أَنَّهُ إذَا مَاتَ وَجَبَ الكَفَنُ عَلى مَوْلاهُ وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلكَ فَهُوَ هَدَرٌ لأَنَّهُ لوْ جَنَى عَلى غَيْرِه وَجَبَ عَلَى مَوْلاهُ منْ مَاله، فَإِذَا جَنَى عَلَيْه شَيْءٌ لكَانَ وَاجبًا لهُ عَلَيْه وَذَلكَ بَاطلٌ. وَنُوقضَ بالمَغْصُوب إذَا جَنَى عَلَى مَالكه المَغْصُوب منْهُ فَإنَّهَا تُوجبُ الضَّمَانَ. وَأَجَابَ المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللهُ بِمَا فِي الكتَاب، بخلاف الجنَايَة المُوجبَة للقصَاص فَإنَّ المُسْتَحَقَّ بهَا دَمُهُ وَالمَوْلى أَجْنَبيٌّ عَنْهُ. يُوَضِّحُهُ أَنَّ إقْرَارَ المَولى عَلَيْه بالجنَايَة المُوجبَة للقصَاص غَيْرُ صَحيح وَبالمُوجبَة للمَال صَحيحٌ وَإقْرَارُ العَبْد عَلى عَكْسِ ذَلكَ. وَلَهُمَا فِي الخلافيَّة أَنَّ الجنَايَةَ حَصَلتْ عَلى غَيْرِ مَالكه.

إذْ المُرْتَهنُ غَيْرُ مَالك للعَيْنِ وَحُصُولُهَا عَلى غَيْرِ المَالك يُوجبُ الضَّمَانَ كَمَا لوْ حَصَلتْ عَلى أَجْنَبيٍّ آخرَ. فَإنْ قيل: مَاليَّتُهُ مُحْتَبسَةٌ بدَيْنه فَلا فَائدَةَ فِي إيجَاب الضَّمَان. أَجَابَ بقَوْله (وَفِي الاعْتبَارِ فَائدَةٌ وَهُوَ دَفْعُ العَبْد إليْه بالجنَايَة فَتُعْتَبَرُ) وَإنْ كَانَ يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ فَإنَّ إبْقَاءَهُ رَهْنًا وَجَعْلهُ بالدَّيْنِ لا يُثْبتُ لهُ ملكَ العَيْنِ، وَرُبَّمَا يَكُونُ لهُ غَرَضٌ فِي ملك العَيْنِ فَيَحْصُلُ لهُ باعْتبَارِ الجنَايَة، وَإنْ لمْ يَكُنْ لهُ غَرَضٌ فِي ذَلكَ يَتْرُكُ طَلبَ الجنَايَة وَيَسْتَبْقيه رَهْنًا كَمَا كَانَ. وَقَوْلُهُ (وَدَفَعَاهُ) فيه تَسَامُحٌ، لأَنَّ المُرْتَهنَ لا يَدْفَعُ العَبْدَ إلى نَفْسه، وَمُخَلصُهُ المُشَاكَلةُ فَإنَّهُ وَإنْ كَانَ قَابلا ذَكَرَهُ بلفْظ الدَّافعِ لوُقُوعه فِي صُحْبَته أَوْ التَّغْليب سَمَّاهُ دَافعًا وَثَنَّاهُ (وَلهُ أَنَّ هَذه الجنَايَةَ لوْ اعْتَبَرْنَاهَا للمُرْتَهنِ كَانَ التَّطْهيرُ عَليْه لأَنَّهَا حَصَلتْ فِي ضَمَانه) لكَوْنه مُخَاطَبًا بالدَّفْعِ أَوْ الفدَاءِ كَالرَّاهنِ، فَكَانَ حُكْمُ الدَّفْعِ أَوْ الفدَاء لهُ وَعَليْه فِي حَقِّ شَيْءٍ وَاحدٍ بسَبَب وَاحد، وَلا فَائدَةَ فِي ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (وَإنْ كَانَتْ القيمَةُ أَكْثَرَ منْ الدَّيْنِ) بأَنْ كَانَ العَيْنُ وَالدَّيْنُ أَلفًا وَأَتْلفَ مَتَاعَ المُرْتَهنِ فَقَال للرَّاهنِ إمَّا أَنْ تَقْضيَ نصْفَ دَيْنه أَوْ يُبَاعَ عَليْك العَبْدُ، فَإنْ امْتَنَعَ عَنْ القَضَاء بيعَ العَبْدُ وَيَسْتَوْفِي المُرْتَهنُ منْ ثَمَنه تَمَامَ قيمَة المَتَاعِ، فَإنْ بَقيَ شَيْءٌ منْ الثَّمَنِ أَخَذَ الرَّاهنُ نصْفَهُ وَالمُرْتَهنُ نصْفَهُ، لأَنَّهُ بَدَلُ عَبْد نصْفُهُ أَمَانَةٌ وَنصْفُهُ مَضْمُونٌ، وَبَدَلُ الأَمَانَة للرَّاهنِ وَبَدَلُ المَضْمُون للمُرْتَهنِ، وَإنْ قَضَى النِّصْفَ زَال الدَّيْنُ وَبَقيَ العَبْدُ رَهْنًا بحَاله، وَهَذَا وَجْهُ ظَاهرِ الرِّوَايَة، وَوَجْهُ غَيْرِه مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب وَهُوَ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ

(وَهَذَا) أَيْ مَا ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِ الْجِنَايَةِ عَلَى الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ هَدَرًا (بِخِلَافِ **جِنَايَةِ الرَّهْنِ عَلَى ابْنِ الرَّاهِنِ أَوْ ابْنِ الْمُرْتَهِنِ**) لِأَنَّ الْأَمْلَاكَ بَيْنَ الْأَبِ وَالِابْنِ حَقِيقَةٌ مُتَبَايِنَةٌ فَصَارَ كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ.

قَالَ (وَمَنْ رَهَنَ عَبدًا يُسَاوِي أَلفًا بِأَلفٍ إلى أَجَلٍ فَنَقَصَ فِي السِّعرِ فَرَجَعَت قِيمَتُهُ إلى مِائَةٍ ثُمَّ قَتَلَهُ رَجُلٌ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً ثُمَّ حَلَّ الأَجَلُ فَإِنَّ المُرتَهِنَ يَقبِضُ المِائَةَ قَضَاءً عَن حَقِّهِ وَلا يَرجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيءٍ) وَأَصلُهُ أَنَّ النُّقصَانَ مِن حَيثُ السِّعرُ لا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّينِ عِندَنَا خِلافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَقُولُ: إنَّ المَالِيَّةَ قَد انتَقَصَت فَأَشبَهَ انتِقَاصَ العَينِ وَلَنَا أَنَّ نُقصَانَ السِّعرِ عِبَارَةٌ عَن فُتُورِ رَغَبَاتِ النَّاسِ وَذَلِكَ لا يُعتَبَرُ فِي البَيعِ حَتَّى لا يَثبُتَ بِهِ الخِيَارُ وَلا فِي الغَصبِ حَتَّى لا يَجِبَ الضَّمَانُ، بِخِلافِ نُقصَانِ العَينِ؛ لأَنَّ بِفَوَاتِ جُزءٍ مِنهُ يَتَقَرَّرُ الاستِيفَاءُ فِيهِ؛ إذ اليَدُ يَدُ الاستِيفَاءِ، وَإِذَا لم يَسقُط شَيءٌ مِن الدَّينِ بِنُقصَانِ السِّعرِ بَقِيَ مَرهُونًا بِكُلِّ الدَّينِ، فَإِذَا قَتَلَهُ حُرٌّ غَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً؛ لأَنَّهُ تُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَومَ الإِتلافِ فِي ضَمَانِ الإِتلافِ؛ لأَنَّ الجَابِرَ بِقَدرِ الفَائِتِ، وَأَخَذَهُ المُرتَهِنُ؛ لأَنَّهُ بَدَلُ المَالِيَّةِ فِي حَقِّ المُستَحِقِّ وَإِن كَانَ مُقَابَلا بِالدَّمِ عَلَى أَصلِنَا حَتَّى لا يُزَادَ عَلَى دِيَةِ الحُرِّ؛ لأَنَّ المَولَى استَحَقَّهُ بِسَبَبِ المَالِيَّةِ وَحَقُّ المُرتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بِالمَالِيَّةِ فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامَهُ، ثُمَّ لا يَرجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيءٍ؛ لأَنَّ يَدَ الرَّهنِ يَدُ الاستِيفَاءِ مِن الابتِدَاءِ وَبِالهَلاكِ يَتَقَرَّرُ، وَقِيمَتُهُ كَانَت فِي الابتِدَاءِ أَلفًا فَيَصِيرُ مُستَوفِيًا لِلكُلِّ مِن الابتِدَاءِ أَو نَقُولُ: لا يُمكِنُ أَن يُجعَلَ مُستَوفِيًا الأَلفَ بِمِائَةٍ؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إلى الرِّبَا فَيَصِيرُ مُستَوفِيًا المِائَةَ وَبَقِيَ تِسعُمِائَةٍ فِي العَينِ، فَإِذَا هَلَكَ يَصِيرُ مُستَوفِيًا تِسعَمِائَةٍ بِالهَلاكِ، بِخِلافِ مَا إذَا مَاتَ مِن غَيرِ قَتلِ أَحَدٍ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ مُستَوفِيًا الكُلَّ بِالعَبدِ؛ لأَنَّهُ لا يُؤَدِّي إلى الرِّبَا قَالَ (وَإِن كَانَ أَمَرَهُ الرَّاهِنُ أَن يَبِيعَهُ فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ وَقَبَضَ المِائَةَ قَضَاءً مِن حَقِّهِ فَيَرجِعُ بِتِسعِمِائَةٍ)؛ لأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بِإِذنِ الرَّاهِنِ صَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ استَرَدَّهُ وَبَاعَهُ بِنَفسِهِ، وَلَو كَانَ كَذَلِكَ يَبطُلُ الرَّهنُ وَيَبقَى الدَّينُ إلا بِقَدرِ مَا استَوفَى، وَكَذَا هَذَا قَالَ (وَإِن قَتَلَهُ عَبدٌ قِيمَتُهُ مِائَةٌ فَدُفِعَ مَكَانَهُ افتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّينِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ بِالخِيَارِ إن شَاءَ افتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّينِ، وَإِن شَاءَ سَلَّمَ العَبدَ المَدفُوعَ إلى المُرتَهِنِ بِمَالِهِ وَقَالَ زُفَرُ: يَصِيرُ رَهنًا بِمِائَةٍ لَهُ أَنَّ يَدَ الرَّهنِ يَدُ استِيفَاءٍ وَقَد تَقَرَّرَ بِالهَلاكِ، إلا أَنَّهُ أَخلَفَ بَدَلا بِقَدرِ العُشرِ فَيَبقَى

الدَّينُ بِقَدرِهِ وَلأَصحَابِنَا عَلى زُفَرَ أَنَّ العَبدَ الثَّانِيَ قَائِمٌ مَقَامَ الأَوَّلِ لحمًا وَدمًا، وَلو كَانَ الأَوَّلُ قَائِمًا وَانتُقِصَ السِّعرُ لا يَسقُطُ شَيءٌ مِن الدَّينِ عِندَنَا لمَا ذَكَرنَا، فَكَذَلكَ إِذَا قَامَ المَدفُوعُ مَكَانَهُ وَلِمُحَمَّدٍ فِي الخِيَارِ أَنَّ المَرهُونَ تَغَيَّرَ فِي ضَمَانِ المُرتَهِنِ فَيُخَيَّرُ الرَّاهِنُ كَالمَبِيعِ إِذَا قُتِلَ قَبلَ القَبضِ وَالمَغصُوبِ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الغَاصِبِ يُخَيَّرُ المُشتَرِي، وَالمَغصُوبُ مِنهُ كَذَا هَذَا وَلَهُمَا أَنَّ التَّغَيُّرَ لم يَظهَر فِي نَفسِ العَبدِ لقِيَامِ الثَّانِي مَقَامَ الأَوَّلِ لحمًا وَدَمًا كَمَا ذَكَرنَاهُ مَعَ زُفَرَ، وَعَينُ الرَّهنِ أَمَانَةٌ عِندَنَا فَلا يَجُوزُ تَمليكُهُ مِنهُ بِغَيرِ رِضَاهُ، وَلأَنَّ جَعلَ الرَّهنِ بِالدَّينِ حُكمٌ جَاهِلِيٌّ، وَأَنَّهُ مَنسُوخٌ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّ الخِيَارَ فِيهِ حُكمُهُ الفَسخُ وَهُوَ مَشرُوعٌ وَبِخِلافِ الغَصبِ؛ لأَنَّ تَمَلُّكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مَشرُوعٌ، وَلو كَانَ العَبدُ تَرَاجَعَ سِعرُهُ حَتَّى صَارَ يُسَاوِي مِائَةً ثُمَّ قَتَلَهُ عَبدٌ يُسَاوِي مِائَةً فَدُفِعَ بِهِ فَهُوَ عَلى هَذَا الخِلافِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلفًا بِأَلفٍ) نُقْصَانُ القِيمَةِ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ بَعْدَ مَا قَبَضَ الرَّهْنَ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فَلا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّيْنِ، وَلِهَذَا لوْ نَقَصَ بِهِ وَهُوَ بَاقٍ عَلى حَالِه فَالرَّاهِنُ يُطَالبُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ عِنْدَ رَدِّ المُرْتَهِنِ الرَّهْنَ إِلى الرَّاهِنِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لا يُزَادَ عَلى دِيَةِ الحُرِّ) نَتِيجَةُ قَوْله كَانَ مُقَابَلا بِالدَّمِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَوْلى اسْتَحَقَّهُ) دَليلُ قَوْله لأَنَّهُ بَدَلُ المَاليَّةِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ. وَقَوْلُهُ (أَوْ نَقُولُ) دَليلٌ آخَرُ: أَيْ لا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَل المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لأَلفِ الدَّيْنِ بِالمِائَةِ التِي غَرِمَهَا الحُرُّ بِقَتْلِ الرَّهْنِ وَجُعِلتْ رَهْنًا مَكَانَهُ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلى الرِّبَا فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا المِائَةَ وَبَقِيَ تِسْعُمِائَةٍ فِي العَيْنِ، وَإِذَا هَلكَ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا تِسْعَمِائَةٍ بِالهَلاكِ وَالبَاقِي ظَاهِرٌ. وَاعْلمْ أَنَّ صُوَرَ المَسَائِل هَاهُنَا ثَلاثٌ: تَرَاجُعُ قِيمَةِ الرَّهْنِ مِنْ أَلفٍ إِلى مِائَةٍ مَعَ قِيَامِ عَيْنِه بِحَالِه. وَقَتْلُ حُرٍّ العَبْدَ الذِي قِيمَتُهُ مِائَةٌ بَعْدَ التَّرَاجُعِ، وَضَمَانُ قِيمَتِه مِائَةٌ. وَقَتْلُ عَبْدٍ العَبْدَ المَرْهُونَ وَدَفْعُهُ بِه.

وَأَقْوَالُ العُلمَاءِ فِيهَا أَيْضًا ثَلاثَةٌ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ فَحُكْمُ الصُّورَةِ الأُولى وَالثَّالثَةِ وَاحِدٌ، وَهُوَ أَنَّ الرَّاهِنَ يَفْتَكُّهَا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ بِلا خِيَارٍ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الأُولى كَقَوْلهِمَا وَفِي الثَّالثَةِ أَنَّ الرَّاهِنَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الرَّهْنَ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ كَالأُولى وَبَيْنَ أَنْ يُسَلمَهُ إِلى المُرْتَهِنِ بِمَاله كَالثَّانِيَةِ عَلى مَا نَذْكُرُهُ.

وَقَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ إنَّ حُكْمَ الصُّورَةِ الأُولى وَالثَّالثَة وَاحدٌ فِي أَنَّ الرَّاهِنَ يَفْتَكُّهَا بالمائَة وَيَسْقُطُ عَنْهُ التِّسْعُمائَة قِيَاسًا عَلى الصُّورَةِ الثَّانِيَة، فَإِنَّ حُكْمَهَا أَنَّ التِّسْعَمائَة سَاقِطَةٌ عَنْ الرَّاهِنِ بالاتِّفَاق وَللمُرْتَهِنِ تلكَ المائَةُ التي ضَمِنَهَا الحُرُّ عِنْدَ حُلُول الأجَل، وَوُجُوهُ هَذه الأَقْوَال مَذْكُورَةٌ فِي الكِتَاب. وَقَوْلُهُ (لحمًا وَدَمًا) يَعْنِي صُورَةً وَمَعْنًى، أَمَّا صُورَةً فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّ القَاتِل كَالمَقْتُول فِي الآدَمِيَّة وَالشَّرْعُ اعْتَبَرَهُ جُزْءًا مِنْ حَيْثُ الآدَمِيَّةُ دُونَ المَالِيَّة أَلا تَرَى إلى اسْتِوَائِهِمَا فِي حَقِّ القِصَاصِ فَكَذَا فِي حَقِّ الدَّفْع أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله وَلنَا أَنَّ نُقْصَانَ السِّعْر عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ رَغَبَات النَّاسِ إلخْ. وَقَوْلُهُ (كَالمَبِيعِ إذَا قُتِل قَبْل القَبْضِ وَالمَغْصُوب فِي يَد الغَاصِب) يَعْنِي إذَا قَتَلهُمَا عَبْدٌ وَدَفَعَ مَكَانَهُمَا فَإِنَّ المُشْتَرِيَ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بكُل الثَّمَنِ وَبَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ البَيْعَ لتَغَيُّرِ المَبِيعِ وَفِي الغَصْبِ يَتَخَيَّرُ المَغْصُوبُ مِنْهُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ المَدْفُوعَ مَكَانَهُ وَبَيْنَ أَنْ يُطَالبَ الغَاصِبَ بقِيمَة المَقْتُول. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ مَفْسُوخٌ) يَعْنِي بقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ **لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ ثَلاثًا**» وَقَوْلُهُ (لوْ كَانَ العَبْدُ تَرَاجَعَ سِعْرُهُ إلى قَوْله فَهُوَ عَلى هَذَا الخِلاف).

قِيل فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: هَذَا تَكْرَارٌ لا مَحَالَةَ، لأَنَّ وَضْعَ المَسْأَلة فِي الفَصْل الثَّالث: يَعْنِي مَا عَبَّرْنَا عَنْهُ هَاهُنَا بالصُّورَة الثَّالثَة فِيمَا إذَا تَرَاجَعَ سِعْرُ الرَّهْن إلى مائَة فَقَتَلهُ عَبْدٌ قِيمَتُهُ مائَةٌ فَدُفِعَ بِه وَقَدْ ذَكَرَ الخِلافَ فيه فَلا حَاجَةَ إلى أَنْ يَقُول بَعْدَ ذَلكَ فِيه بعَيْنه فَهُوَ عَلى هَذَا الخِلاف، وَكَذَلكَ صَاحبُ النِّهَايَة جَعَل الصُّورَةَ الثَّالثَةَ فِيمَا إذَا تَرَاجَعَ السِّعْرُ لكِنَّهُ لمْ يَتَعَرَّضْ لوُقُوعِ التَّكْرَار وَهُوَ لازِمٌ عَلَيْه أَيْضًا، وَفِي ذَلكَ سُوءُ ظَنٍّ بمِثْل صَاحب الهدَايَة الذي حَازَ قَصَبَات السَّبْقِ فِي مضْمَارِ التَّحْقيق، وَإِنَّمَا الصُّورَةُ الثَّالثَةُ فِي غَيْرِ تَرَاجُعِ السِّعْر كَمَا ذَكَرْنَا. وَهَذه المَسْأَلةُ فِي صُورَة التَّرَاجُعِ وَلا تَكْرَارَ ثَمَّةَ.

(وَإِذَا قَتَل العَبدُ الرَّهنُ قَتِيلا خَطَأً فَضَمَانُ الجِنَايَةِ عَلى المُرتَهِنِ وَليسَ لهُ أَن يَدفَعَ)؛ لأَنَّهُ لا يَملكُ التَّمليكَ (وَلو فُدِيَ طَهُرَ المَحَلُّ فَبَقِيَ الدَّينُ عَلى حَالهِ وَلا يَرجِعُ عَلى الرَّاهِنِ بِشَيءٍ مِن الفِدَاءِ)؛ لأَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلت فِي ضَمَانِهِ فَكَانَ عَليهِ إصلاحُهَا (وَلو أَبَى المُرتَهِنُ أَن يَفدِيَ قِيل للرَّاهِنِ ادفَع العَبدَ أَو افدِهِ بِالدِّيَةِ)؛ لأَنَّ المِلكَ فِي الرَّقَبَةِ قَائِمٌ لهُ، وَإِنَّمَا إلى المُرتَهِنِ الفِدَاءُ لقِيَامِ حَقِّهِ (فَإِذَا امتَنَعَ عَن الفِدَاءِ يُطَالبُ الرَّاهِنُ بِحُكمِ

الجِنَايَةِ وَمِن حُكمِهَا التَّخيِيرُ) بَينَ الدَّفعِ وَالفِدَاءِ (فَإِن اختَارَ الدَّفعَ سَقَطَ الدَّينُ)؛ لأَنَّهُ أُستُحِقَّ لمَعنَى فِي ضَمَانِ المُرتَهِنِ فَصَارَ كَالهَلاكِ (وَكَذَلكَ إن فَدَى)؛ لأَنَّ العَبدَ كَالحَاصِلِ لهُ بِعِوَضٍ كَانَ عَلى المُرتَهِنِ، وَهُوَ الفِدَاءُ، بِخِلافِ وَلدِ الرَّهنِ إذَا قَتَل إنسَانًا أَو استَهلكَ مَالا حَيثُ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِالدَّفعِ أَو الفِدَاءِ فِي الابتِدَاءِ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مَضمُونٍ عَلى المُرتَهِنِ، فَإِن دَفَعَ خَرَجَ مِن الرَّهنِ وَلم يَسقُط شَيءٌ مِن الدَّينِ كَمَا لو هَلكَ فِي الابتِدَاءِ، وَإِن فَدَى فَهُوَ رَهنٌ مَعَ أُمِّهِ عَلى حَالِهِمَا.

الشرح:

(**وَإِذَا قَتَل العَبْدُ الرَّهْنُ قَتِيلا خَطَأً** فَضَمَانُ الجِنَايَةِ عَلى المُرْتَهِنِ) يَعْنِي إذَا كَانَتْ القِيمَةُ وَالدَّيْنُ سَوَاءً، أَمَّا إذَا كَانَتْ القِيمَةُ أَكْثَرَ فَسَيَأْتِي، وَإِنَّمَا كَانَتْ الجِنَايَةُ عَلَيْهِ لأَنَّ العَبْدَ فِي ضَمَانِه. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ العَبْدَ كَالحَاصِل لهُ بِعِوَضٍ كَانَ عَلى المُرْتَهِنِ) يَعْنِي وَإِذَا كَانَ عَلى المُرْتَهِنِ وَقَدْ أَدَّاهُ الرَّاهِنُ وَجَبَ لهُ عَلى المُرْتَهِنِ مِثْلُ مَا أَدَّى إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ وَلِلمُرْتَهِنِ عَلى الرَّاهِنِ دَيْنٌ فَالتَقَيَا قِصَاصًا فَيُسَلمُ الرَّهْنُ لِلرَّاهِنِ وَلا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا فِي أَدَاءِ الفِدَاءِ لأَنَّهُ يَسْعَى فِي تَخْلِيصِ مِلكِه كَمُعِيرِ الرَّهْنِ.

(وَلو استَهلكَ العَبدُ المَرهُونُ مَالا يَستَغرِقُ رَقَبَتَهُ، فَإِن أَدَّى المُرتَهِنُ الدَّينَ الذِي لزِمَ العَبدَ فَدَينُهُ عَلى حَالِهِ كَمَا فِي الفِدَاءِ، وَإِن أَبَى قِيل للرَّاهِنِ بِعهُ فِي الدَّينِ إلا أَن يَختَارَ أَن يُؤَدِّيَ عَنهُ، فَإِن أَدَّى بَطَل دَينُ المُرتَهِنِ) كَمَا ذَكَرنَا فِي الفِدَاءِ قال (وَإِن لم يُؤَدِّ وَبِيعَ العَبدُ فِيهِ يَأخُذُ صَاحِبُ دَينِ العَبدِ دَينَهُ)؛ لأَنَّ دَينَ العَبدِ مُقَدَّمٌ عَلى دَينِ المُرتَهِنِ وَحَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ لتَقَدُّمِهِ عَلى حَقِّ المَولى، (فَإِن فَضَل شَيءٌ وَدَينُ غَرِيمِ العَبدِ مِثلُ دَينِ المُرتَهِنِ أَو أَكثَرُ فَالفَضلُ للرَّاهِنِ وَبَطَل دَينُ المُرتَهِنِ)؛ لأَنَّ الرَّقَبَةَ أُستُحِقَّت لمَعنَى هُوَ فِي ضَمَانِ المُرتَهِنِ فَأَشبَهَ الهَلاكَ (وَإِن كَانَ دَينُ العَبدِ أَقَل سَقَطَ مِن دَينِ المُرتَهِنِ بِقَدرِ دَينِ العَبدِ وَمَا فَضَل مِن دَينِ العَبدِ يَبقَى رَهنًا كَمَا كَانَ، ثُمَّ إن كَانَ دَينُ المُرتَهِنِ قَد حَل أَخَذَهُ بِهِ)؛ لأَنَّهُ مِن جِنسِ حَقِّهِ (وَإِن كَانَ لم يَحِل أَمسَكَهُ حَتَّى يَحِل، وَإِن كَانَ ثَمَنُ العَبدِ لا يَفِي بِدَينِ الغَرِيمِ أَخَذَ الثَّمَنَ وَلم يَرجِع بِمَا بَقِيَ عَلى أَحَدٍ حَتَّى يُعتَقَ العَبدُ)؛ لأَنَّ الحَقَّ فِي دَينِ الاستِهلاكِ يَتَعَلقُ بِرَقَبَتِهِ وَقَد أُستُوفِيَت فَيَتَأَخَّرُ إلى مَا بَعدَ العِتقِ (ثُمَّ إذَا أَدَّى بَعدَهُ لا يَرجِعُ عَلى أَحَدٍ)؛ لأَنَّهُ وَجَبَ عَليهِ بِفِعلِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَحَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ) بِالجَرِّ مَعْطُوفٌ عَلَى دَيْنِ المُرْتَهِنِ: يَعْنِي أَنَّ دَيْنَ العَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى دَيْنِ المُرْتَهِنِ وَعَلَى حَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ جَنَى العَبْدُ المَدْيُونُ دُفِعَ إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلغُرَمَاءِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي الدِّيَاتِ. وَقَوْلُهُ (لِتَقَدُّمِهِ عَلَى حَقِّ المَوْلَى) أَيْ لِتَقَدُّمِ دَيْنِ العَبْدِ عَلَى حَقِّ المَوْلَى، وَإِذَا كَانَ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ المَوْلَى كَانَ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ وَهُوَ المُرْتَهِنُ وَوَلِيُّ الجِنَايَةِ، فَإِنَّ المُرْتَهِنَ يَقُومُ مَقَامَ المَوْلَى فِي المَالِيَّةِ وَوَلِيُّ الجِنَايَةِ فِي مِلْكِ العَيْنِ.

(وَإِن كَانَت قِيمَةُ العَبدِ أَلفَينِ وَهُوَ رَهنٌ بِأَلفٍ وَقَد جَنَى العَبدُ يُقَالُ لَهُمَا افدِيَاهُ)؛ لأَنَّ النِّصفَ مِنهُ مَضمُونٌ، وَالنِّصفُ أَمَانَةٌ، وَالفِدَاءُ فِي المَضمُونِ عَلَى المُرتَهِنِ، وَفِي الأَمَانَةِ عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِن أَجمَعَا عَلَى الدَّفعِ دَفَعَاهُ وَبَطَل دَينُ المُرتَهِنِ، وَالدَّفعُ لا يَجُوزُ فِي الحَقِيقَةِ مِن المُرتَهِنِ لِمَا بَيَّنَّا، وَإِنَّمَا مِنهُ الرِّضَا بِهِ (فَإِن تَشَاحَّا فَالقَولُ لِمَن قَال أَنَا أَفدِي رَاهِنًا كَانَ أَو مُرتَهِنًا) أَمَّا المُرتَهِنُ فَلأَنَّهُ لَيسَ فِي الفِدَاءِ إِبطَالُ حَقِّ الرَّاهِنِ، وَفِي الدَّفعِ الذِي يَختَارُهُ الرَّاهِنُ إِبطَالُ المُرتَهِنِ، وَكَذَا فِي جِنَايَةِ الرَّهنِ إِذَا قَال المُرتَهِنُ أَنَا أَفدِي لَهُ ذَلكَ وَإِن كَانَ المَالِكُ يَختَارُ الدَّفعَ؛ لأَنَّهُ إِن لَم يَكُن مَضمُونًا فَهُوَ مَحبُوسٌ بِدَينِهِ وَلَهُ فِي الفِدَاءِ غَرَضٌ صَحِيحٌ، وَلا ضَرَرَ عَلَى الرَّاهِنِ، فَكَانَ لَهُ أَن يَفدِيَ، وَأَمَّا الرَّاهِنُ فَلأَنَّهُ لَيسَ لِلمُرتَهِنِ وِلايَةُ الدَّفعِ لِمَا بَيَّنَّا فَكَيفَ يَختَارُهُ (وَيَكُونُ المُرتَهِنُ فِي الفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا فِي حِصَّةِ الأَمَانَةِ حَتَّى لا يَرجِعَ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن لا يَختَارَهُ فَيُخَاطَبُ الرَّاهِنُ، فَلَمَّا التَزَمَهُ، وَالحَالَةُ هَذِهِ كَانَ مُتَبَرِّعًا، وَهَذَا عَلَى مَا رُوِيَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَرجِعُ مَعَ الحُضُورِ، وَسَنُبَيِّنُ القَولَينِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَلَو أَبَى المُرتَهِنُ أَن يَفدِيَ وَفَدَاهُ الرَّاهِنُ فَإِنَّهُ يَحتَسِبُ عَلَى المُرتَهِنِ نِصفَ الفِدَاءِ مِن دَينِهِ)؛ لأَنَّ سُقُوطَ الدَّينِ أَمرٌ لازِمٌ فَدَى أَو دَفَعَ فَلَم يُجعَل الرَّاهِنُ فِي الفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا، ثُمَّ يُنظَرُ إِن كَانَ نِصفُ الفِدَاءِ مِثل الدَّينِ أَو أَكثَرَ بَطَل الدَّينُ، وَإِن كَانَ أَقَل سَقَطَ مِن الدَّينِ بِقَدرِ نِصفِ الفِدَاءِ، وَكَانَ العَبدُ رَهنًا بِمَا بَقِيَ؛ لأَنَّ الفِدَاءَ فِي نِصفٍ كَانَ عَلَيهِ، فَإِذَا أَدَّاهُ الرَّاهِنُ، وَهُوَ لَيسَ بِمُتَطَوِّعٍ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيهِ فَيَصِيرُ قِصَاصًا بِدَينِهِ كَأَنَّهُ أَوفَى نِصفَهُ فَيَبقَى العَبدُ رَهنًا بِمَا بَقِيَ (وَلَو كَانَ المُرتَهِنُ فَدَى، وَالرَّاهِنُ حَاضِرٌ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَإِن كَانَ غَائِبًا لَم يَكُن

مُتَطَوِّعًا) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالحَسَنُ وَزُفَرُ رَحِمَهُمُ اللهُ: المُرتَهِنُ مُتَطَوِّعٌ فِي الوَجهَينِ؛ لأَنَّهُ فَدَى مِلكَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ فَأَشبَهَ الأَجنَبِيَّ وَلَهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَمكَنَهُ مُخَاطَبَتُهُ، فَإِذَا فَدَاهُ المُرتَهِنُ فَقَد تَبَرَّعَ كَالأَجنَبِيِّ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ غَائِبًا تَعَذَّرَ مُخَاطَبَتُهُ، وَالمُرتَهِنُ يَحتَاجُ إِلَى إِصلَاحِ المَضمُونِ، وَلَا يُمكِنُهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِصلَاحِ الأَمَانَةِ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ التَّمْلِيكَ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ تَشَاحَّا) بِأَنْ اخْتَارَ الرَّاهِنُ الفِدَاءَ وَالمُرْتَهِنُ الدَّفْعَ أَوْ بِالعَكْسِ فَالمُعْتَبَرُ هُوَ الفِدَاءُ، وَذَكَرَ جَانِبَ المُرْتَهِنِ إِذَا اخْتَارَ الفِدَاءَ وَالمُرْتَهِنُ الدَّفْعَ أَوْ بِالعَكْسِ فَالمُعْتَبَرُ هُوَ الفِدَاءُ، وَذَكَرَ جَانِبَ المُرْتَهِنِ إِذَا اخْتَارَ الفِدَاءَ، ثُمَّ ذَكَرَ جَانِبَ الرَّاهِنِ إِذَا اخْتَارَ ذَلِكَ بَعْدَ ذِكْرِهِ جِنَايَةَ وَلَدِ الرَّهْنِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ سُقُوطَ الدَّيْنِ أَمْرٌ لازِمٌ فُدِيَ أَوْ دُفِعَ) يَعْنِي أَنَّ الرَّاهِنَ إِذَا خُوطِبَ فَلا بُدَّ لَهُ مِنْ أَحَدِهِمَا، وَأَيُّهُمَا كَانَ سَقَطَ الدَّيْنُ فَلَمْ يُجْعَلِ الرَّاهِنُ فِي الفِدَاءِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مُتَطَوِّعًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ غَائِبًا) ذَكَرَ فِي الأَسْرَارِ أَنَّ المُرَادَ بِهِ الغَيْبَةُ المُنْقَطِعَةُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَمَا بَعْدَهُ هُوَ المَوْعُودُ بِقَوْلِهِ وَسَنُبَيِّنُ القَوْلَيْنِ وَمَا بَعْدَهُ وَاضِحٌ إِلخْ.

قَالَ (**وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ بَاعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ** وَقَضَى الدَّيْنَ)؛ لأَنَّ الوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَهُ، وَلَوْ تَوَلَّى المُوصَى حَيًّا بِنَفْسِهِ كَانَ لَهُ وِلايَةُ البَيْعِ بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ فَكَذَا لِوَصِيِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَّبَ القَاضِي لَهُ وَصِيًّا وَأَمَرَهُ بِبَيْعِهِ)؛ لأَنَّ القَاضِيَ نُصِّبَ نَاظِرًا لِحُقُوقِ المُسْلِمِينَ إِذَا عَجَزُوا عَنِ النَّظَرِ لأَنْفُسِهِمْ، وَالنَّظَرُ فِي نَصْبِ الوَصِيِّ لِيُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ لِغَيْرِهِ وَيَسْتَوْفِيَ مَالَهُ مِنْ غَيْرِهِ (وَإِنْ **كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ فَرَهَنَ الوَصِيُّ بَعْضَ التَّرِكَةِ عِنْدَ غَرِيمٍ مِنْ غُرَمَائِهِ** لَمْ يَجُزْ وَلِلآخَرِينَ أَنْ يَرُدُّوهُ)؛ لأَنَّهُ آثَرَ بَعْضَ الغُرَمَاءِ بِالإِيفَاءِ الحُكْمِيِّ فَأَشْبَهَ الإِيثَارَ بِالإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ (فَإِنْ قَضَى دَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَرُدُّوهُ جَازَ) لِزَوَالِ المَانِعِ بِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلمَيِّتِ غَرِيمٌ آخَرُ جَازَ الرَّهْنُ) اعْتِبَارًا بِالإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ (وَبِيعَ فِي دَيْنِهِ)؛ لأَنَّهُ يُبَاعُ فِيهِ قَبْلَ الرَّهْنِ فَكَذَا بَعْدَهُ (وَإِذَا **ارْتَهَنَ الوَصِيُّ بِدَيْنٍ لِلمَيِّتِ عَلَى رَجُلٍ** جَازَ)؛ لأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ وَهُوَ يَمْلِكُهُ قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَفِي رَهْنِ

الوَصِيِّ تَفْصِيلاتٌ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الوَصَايَا إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

فصل

قَالَ (وَمَن رَهَنَ عَصِيراً بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَتَخَمَّرَ ثُمَّ صَارَ خَلا يُسَاوِي عَشَرَةً فَهُوَ رَهنٌ بِعَشَرَةٍ)؛ لأنَّ مَا يَكُونُ مَحَلا للبَيعِ يَكُونُ مَحَلا للرَّهنِ، إذ المَحَلِّيَّةُ بِالمَالِيَّةِ فِيهِمَا، وَالخَمرُ وَإن لم يَكُن مَحَلا للبَيعِ ابتِدَاءً فَهُوَ مَحَلٌّ لهُ بَقَاءً حَتَّى إنَّ مَن اشتَرَى عَصِيراً فَتَخَمَّرَ قَبلَ القَبضِ يَبقَى العَقدُ إلا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ فِي البَيعِ لتَغَيُّرِ وَصفِ المَبِيعِ بِمَنزِلَةِ مَا إذَا تَعَيَّبَ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): هَذَا الفَصْلُ كَالمَسَائِلِ المُتَفَرِّقَةِ التي تُذْكَرُ فِي أَوَاخِرِ الكُتُبِ (**وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ ثُمَّ صَارَ خَلا وَلَمْ يَنْقُصْ مِقْدَارُهُ** فَهُوَ رَهْنٌ بِعَشَرَةٍ) وَإِنْ نَقَصَ سَقَطَ مِنْ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِنُقْصَانِ القِيمَةِ لأَنَّ الفَائِتَ مُجَرَّدُ وَصْفٍ، وَبِفَوَاتِهِ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ لا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنْ الدَّيْنِ عِنْدَهُمْ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ الرَّاهِنُ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ نَاقِصًا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَتَهُ وَيَجْعَلَهَا رَهْنًا عِنْدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بَيْنَ أَنْ يَفْتَكَّهُ نَاقِصًا وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهُ بِالدَّيْنِ كَمَا فِي القَلْبِ إِذَا انْكَسَرَ فَقَوْلُهُ يُسَاوِي عَشَرَةً وَقَعَ اتِّفَاقًا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ مَا يَكُونُ مَحَلا لِلبَيْعِ) يَعْنِي أَنَّ الرَّهْنَ كَالبَيْعِ فِي الاحْتِيَاجِ إِلَى المَحَلِ فَيُعْتَبَرُ مَحَلُّهُ بِمَحَلِهِ، وَالخَمْرُ لا يَصْلُحُ مَحَلا لِلبَيْعِ ابْتِدَاءً وَيَصْلُحُ بَقَاءً، حَتَّى أَنَّ مَنْ **اشْتَرَى عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ قَبْلَ القَبْضِ** لَمْ يَبْطُل عَقْدُهُ فَكَذَا فِي الرَّهْنِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: مَا يَرْجِعُ إِلَى المَحَلِ فَالابْتِدَاءُ وَالبَقَاءُ فِيهِ سَوَاءٌ، فَمَا بَالُ هَذَا تَخَلفَ عَنْ ذَلِكَ الأَصْلِ؟.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ فِيمَا يَكُونُ المَحَلُ بَاقِيًا، وَهَاهُنَا يَتَبَدَّلُ المَحَلُ حُكْمًا بِتَبَدُّلِ الوَصْفِ فَلِذَلِكَ تَخلفَ عَنْ ذَلِكَ الأَصْلِ. وَاعْلَمْ أَنَّ العَصِيرَ المَرْهُونَ إِذَا تَخَمَّرَ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ يَكُونَ الرَّاهِنُ وَحْدَهُ مُسْلِمًا أَوْ بِالعَكْسِ، فَإِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ فَالرَّهْنُ بِحَالِهِ تَخَلل أَوْ لَمْ يَتَخَلل، وَفِي الأَقْسَامِ البَاقِيَةِ إِنْ تَخَلل فَكَذَلِكَ، وَإِلَيْهِ يَلُوحُ إِطْلاقُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللهُ حَيْثُ قَالَ: ثُمَّ صَارَ خَلا: يَعْنِي بِنَفْسِهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلل بِنَفْسِهِ فَهَل لِلمُرْتَهِنِ أَنْ يُخَلِلهُ أَوْ لا؟ فِيهِ تَفْصِيلٌ، إِنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَانَ الرَّاهِنُ مُسْلِمًا جَازَ تَخْلِيلُهُ، لأَنَّ المَالِيَّةَ وَإِنْ تَلفَتْ بِالتَّخَمُّرِ بِحَيْثُ لا

يُضْمَنُ وَذَلِكَ يُسْقِطُ الدَّيْنَ، لكِنَّ إعَادَتَهَا مُمْكِنَةٌ بِالتَّخَلُّلِ فَصَارَ كَتَخْلِيصِ الرَّهْنِ مِنْ الجِنَايَةِ وَلِلمُرْتَهِنِ ذَلِكَ.

وَإِذَا أَجَازَ ذَلِكَ فِي المُسْلِمِينَ وَالخَمْرُ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمْ فَلأَنْ يَجُوزَ فِي المُرْتَهِنِ الكَافِرِ أَوْلَى لأَنَّهَا مَحَلٌّ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ الرَّاهِنُ كَافِرًا فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الرَّهْنَ وَالدَّيْنُ عَلى حَالِه، لأَنَّ صِفَةَ الخَمْرِيَّةِ لا تَعْدَمُ المَالِيَّةَ فِي حَقِّهِ فَلَيْسَ لِلمُرْتَهِنِ المُسْلِمِ تَخْلِيلُهَا، فَإِنْ خَللهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا يَوْمَ خَللهَا لأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِمَا صَنَعَ، كَمَا لَوْ غَصَبَ خَمْرَ ذِمِّيٍّ فَخَللهَا فَالخَلُّ لَهُ، وَتَقَعُ المُقَاصَّةُ إنْ كَانَ الدَّيْنُ مِنْ جِنْسِ القِيمَةِ، وَيَرْجِعُ بِالزِّيَادَةِ إنْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا يَوْمَ التَّخْلِيلِ مِنْ دَيْنِه.

(وَلو رَهَنَ شَاةً قِيمَتُهَا عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَمَاتَت فَدُبِغَ جِلدُهَا فَصَارَ يُسَاوِي دِرهَمًا فَهُوَ رَهنٌ بِدِرهَمٍ)؛ لأَنَّ الرَّهنَ يَتَقَرَّرُ بِالهَلاكِ، فَإِذَا حَيِيَ بَعضُ المَحَلِ يَعُودُ حُكمُهُ بِقَدرِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا مَاتَت الشَّاةُ المَبِيعَةُ قَبل القَبضِ فَدُبِغَ جِلدُهَا حَيثُ لا يَعُودُ البَيعُ؛ لأَنَّ البَيعَ يُنتَقَضُ بِالهَلاكِ قَبل القَبضِ وَالمُنتَقَضُ لا يَعُودُ، أَمَّا الرَّهنُ يَتَقَرَّرُ بِالهَلاكِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ وَمِن مَشَايِخِنَا مَن يَمنَعُ مَسأَلَةَ البَيعِ وَيَقُولُ: يَعُودُ البَيعُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمٍ) يَعْنِي إنْ كَانَتْ قِيمَةُ الجلد يَوْمَ الرَّهْنِ دِرْهَمًا، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَئِذ دِرْهَمَيْنِ فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمَيْنِ وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِأَنْ يُنْظَرَ إلى قِيمَة الشَّاةِ حَيَّةً وَمَسْلُوخَةً فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا حَيَّةً عَشَرَةً وَقِيمَتُهَا مَسْلُوخَةً تِسْعَةً كَانَتْ قِيمَةُ الجلد يَوْمَ الارْتِهَانِ دِرْهَمًا، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مَسْلُوخَةً ثَمَانِيَةً كَانَتْ دِرْهَمَيْنِ، هَذَا إذَا كَانَتْ القِيمَةُ مِثْل الدَّيْنِ، فَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَل فَهِيَ مَذْكُورَةٌ فِي النِّهَايَةِ.

قَال (وَنَمَاءُ الرَّهنِ لِلرَّاهِنِ وَهُوَ مِثلُ الوَلدِ وَالثَّمرِ وَاللبَنِ وَالصُّوفِ)؛ لأَنَّهُ مُتَوَلدٌ مِن مِلكِهِ وَيَكُونُ رَهنًا مَعَ الأَصلِ؛ لأَنَّهُ تَبَعٌ لهُ، وَالرَّهنُ حَقٌّ لازِمٌ فَيَسرِي إليهِ (فَإِن هَلكَ يَهلكُ بِغَيرِ شَيءٍ)؛ لأَنَّ الأَتبَاعَ لا قِسطَ لهَا مِمَّا يُقَابَلُ بِالأَصلِ؛ لأَنَّهَا لم تَدخُل تَحتَ العَقدِ مَقصُودًا؛ إذ اللفظُ لا يَتَنَاوَلُهَا (وَإِن هَلكَ الأَصلُ وَبَقِيَ النَّمَاءُ افتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِحِصَّتِهِ يُقَسَّمُ الدَّينُ عَلى قِيمَةِ الرَّهنِ يَومَ القَبضِ وَقِيمَةِ النَّمَاءِ يَومَ الفِكَاكِ)؛ لأَنَّ الرَّهنَ يَصِيرُ مَضمُونًا بِالقَبضِ، وَالزِّيَادَةُ تَصِيرُ مَقصُودَةً بِالفِكَاكِ إذَا بَقِيَ إلى وَقتِهِ، وَالتَّبَعُ يُقَابِلُهُ

شَيءٌ إذَا صَارَ مَقصُودًا كَوَلَدِ المَبِيعِ، فَمَا أَصَابَ الأصل يَسقُطُ مِن الدَّينِ؛ لأنَّهُ يُقَابِلُهُ الأصلُ مَقصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افتَكَّهُ الرَّاهِنُ لِمَا ذَكَرنَا وَصُوَرُ المَسَائِلِ عَلَى هَذَا الأصل تُخَرَّجُ، وَقَد ذَكَرنَا بَعضَهَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى، وَتَمَامُهُ فِي الجَامِعِ وَالزِّيَادَاتِ.

الشرح:

قَال (**وَنَمَاءُ الرَّهْنِ** لِلرَّاهِنِ إلخْ) الأَصْلُ أَنَّ الأَوْصَافَ القَارَّةَ فِي الأُمَّهَاتِ تَسْرِي إلى الأَوْلاد إذَا كَانَتْ صَالحَةً لأَحْكَامهَا، وَالرَّهْنُ منْهَا لكَوْنه حَقًّا لازمًا إذْ اللازمُ هُوَ القَارُّ، وَالقَارُّ مَا يَكُونُ ثَابتًا في جُمْلة الأُمِّ، وَلا يَنْفَردُ مَنْ عَلَيْه بإبْطَال حُكْمه كَكَوْنهَا حُرَّةً وَقنَّةً وَمَبيعَةً وَمُكَاتَبَةً وَمُدَبَّرَةً، وَإنَّمَا فَسَّرْنَا بذَلكَ لئَلا تَردَ كَفَالَةُ الحُرَّة فَإنَّهَا مَا تَسْرِي إلى الأَوْلاد، وَالزَّكَاةُ بَعْدَ كَمَال الحَوْل كَذَلكَ فَإنَّهُمَا يَثْبُتَان في ذمَّة الكَفيل وَالمَالك لا في عَيْن الأُمَّهَات، وَلئَلا يَردَ وَلَدُ الجَانيَة فَإنَّ مَنْ عَلَيْه يَنْفَردُ بالإبْطَال باخْتيَار الفدَاء، وَإنَّمَا قَيَّدْنَا الأَوْلادَ بصَلاحيَتهَا لأَحْكَام الأَوْصَاف لئَلا يَردَ وَلَدُ المَغْصُوبَة وَالمُسْتَأْجَرَة وَالمَنْكُوحَة وَالمُوصَى بخدْمَتهَا، لأَنَّ الأَوْلادَ حينَ الولادَة لَمْ تَصْلُحْ لأَحْكَام هَذه الأَوْصَاف. أَمَّا في غَيْر الغَصْب فَظَاهرٌ، وَأَمَّا في الغَصْب فَلأَنَّ الضَّمَانَ به يَعْتَمدُ قَبْضًا مَقْصُودًا بغَيْر حَقٍّ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ في الوَلَد، وَإذَا ظَهَرَ هَذَا عُلمَ أَنَّ نَمَاءَ الرَّهْن كَاللَّبَن وَالثَّمَر وَالصُّوف وَالوَلَد للرَّاهن لأَنَّهُ مُتَوَلِّدٌ منْ ملكه وَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الأَصْل لأَنَّهُ تَبَعٌ لهُ.

فَفي الأَصْل وَصْفَان لازمَان: المَلكُ، وَكَوْنُهُ رَهْنًا فَيَسْريَان إلى الوَلَد، فَإنْ هَلَكَ الوَلَدُ هَلَكَ بغَيْر شَيْءٍ لأَنَّ الأَتْبَاعَ لا قسْطَ لَهَا ممَّا يُقَابَلُ بالأَصْل إذَا لَمْ تَكُنْ مَقْصُودَةً لأَنَّهَا لَمْ تَدْخُل تَحْتَ العَقْد مَقْصُودًا إذْ اللفْظُ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا، وَإنْ **هَلَكَ الأَصْلُ وَبَقيَ النَّمَاءُ** افْتَكَّهُ الرَّاهنُ بحصَّته يُقْسَمُ الدَّيْنُ عَلَى قيمَة الرَّهْن يَوْمَ القَبْض لأَنَّهُ مَضْمُونٌ بالقَبْض كَمَا تَقَدَّمَ وَقيمَةُ النَّمَاء يَوْمَ الفكَاك، لأَنَّهُ إنَّمَا صَارَ مَضْمُونًا به، وَلوْ هَلَكَ قَبْلهُ هَلَكَ مَجَّانًا، وَالتَّبَعُ يُقَابلُهُ شَيْءٌ إذَا صَارَ مَقْصُودًا كَوَلَد المَبيع فَإنَّهُ يَكُونُ لهُ حصَّةٌ منْ الثَّمَن إذْ صَارَ مَقْصُودًا بالقَبْض، وَالزِّيَادَةُ هَاهُنَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بالفكَاك فَيَخُصُّهُ شَيْءٌ منْ الدَّيْن، فَمَا أَصَابَ الأَصْل يَسْقُطُ منْ الدَّيْن بقَدْره لأَنَّهُ يُقَابلُهُ الأَصْلُ مَقْصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهنُ به. وَقَوْلُهُ (وَصُوَرُ المَسَائل عَلَى هَذَا الأَصْل) يَعْني مَا ذَكَرْنَا منْ قسْمَة الدَّيْن عَلَى قيمَتهمَا يَوْمَ القَبْض وَالفكَاك (تَخرُجُ) وَفي ذَلكَ كَثْرَةٌ وَتَطْويلٌ فَأَعْرَضَ عَنْهَا وَتَابَعْنَاهُ في ذَلكَ.

(وَلو رَهَنَ شَاةً بِعشَرَةٍ وَقِيمَتُهَا عشَرَةٌ وَقَال الرَّاهِنُ للمُرتَهِنِ: احلب الشَّاةَ فَمَا حلَبتَ فهُوَ لك حَلالٌ فَحلَبَ وَشَرِبَ فَلا ضَمَانَ عليه فِي شَيءٍ مِن ذَلك) أَمَّا الإِبَاحَةُ فَيَصِحُّ تَعليقُهَا بِالشَّرطِ وَالخَطَرِ؛ لأَنَّهَا إطلاقٌ وَليسَ بِتَمليكٍ فَتَصِحُ مَعَ الخَطَرِ (وَلا يَسقُطُ شَيءٌ مِن الدَّينِ)؛ لأَنَّهُ أَتلفَهُ بِإِذنِ المَالكِ (فَإِن لم يَفتَكَّ الشَّاةَ حَتَّى مَاتَت فِي يَدِ المُرتَهِنِ قُسِّمَ الدَّينُ عَلى قِيمَةِ اللبَنِ الذِي شَرِبَ وَعَلى قِيمَةِ الشَّاةِ، فَمَا أَصَابَ الشَّاةَ سَقَطَ، وَمَا أَصَابَ اللبَنَ أَخَذَهُ المُرتَهِنُ مِن الرَّاهِنِ)؛ لأَنَّ اللبَنَ تَلفَ عَلى مِلكِ الرَّاهِنِ بِفِعلِ المُرتَهِنِ وَالفِعلُ حَصَلَ بِتَسليطٍ مِن قِبَلِهِ فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ أَخَذَهُ وَأَتلفَهُ فَكَانَ مَضمُونًا عَليهِ فَيَكُونُ لهُ حِصَّتُهُ مِن الدَّينِ فَيَبقَى بِحِصَّتِهِ، وَكَذَلكَ وَلدُ الشَّاةِ إِذَا أَذِنَ لهُ الرَّاهِنُ فِي أَكلِهِ، وَكَذَلكَ جَمِيعُ النَّمَاءِ الذِي يَحدُثُ عَلى هَذَا القِيَاسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَيَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ) يُرِيدُ بِالشَّرْطِ قَوْلَهُ فَمَا حلَبَتْ فَإِنَّ كَلِمَةَ " مَا " تَضَمَّنَتْ مَعْنَى الشَّرْطِ وَلِهَذَا دَخَلَ الفَاءُ فِي خَبَرِهَا. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ) فيه إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ لوْ أَتْلَفَ بِغَيْرِ إذْنِهِ ضَمِنَ وَكَانَتْ القِيمَةُ رَهْنًا مَعَ الشَّاةِ، وَكَذَا لوْ فَعَلَ الرَّاهِنُ ذَلِكَ بِدُونِ إجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ.

قَال (وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهنِ وَلا تَجُوزُ فِي الدَّينِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَلا يَصِيرُ الرَّهنُ رَهنًا بِهَا وَقَال أَبُو يُوسُفَ: تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الدَّينِ أَيضًا وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ فِيهِمَا، وَالخِلافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهنِ، وَالثَّمَنُ وَالمُثَمَّنُ وَالمَهرُ وَالمَنكُوحَةُ سَوَاءٌ، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي البُيُوعِ وَلأَبِي يُوسُفَ فِي الخِلافِيَّةِ الأُخرَى أَنَّ الدَّينَ فِي بَابِ الرَّهنِ كَالثَّمَنِ فِي البَيعِ، وَالرَّهنُ كَالمُثَمَّنِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا كَمَا فِي البَيعِ، وَالجَامِعُ بَينَهُمَا الالتِحَاقُ بِأَصلِ العَقدِ للحَاجَةِ وَالإِمكَانِ وَلهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الدَّينِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الرَّهنِ، وَهُوَ غَيرُ مَشرُوعٍ عِندَنَا، وَالزِّيَادَةُ فِي الرَّهنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الدَّينِ، وَهُوَ غَيرُ مَانِعٍ مِن صِحَّةِ الرَّهنِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لو رَهَنَ عَبدًا بِخَمسِمِائَةٍ مِن الدَّينِ جَازَ، وَإِن كَانَ الدَّينُ أَلفًا وَهَذَا شُيُوعٌ فِي الدَّينِ، وَالالتِحَاقُ بِأَصلِ العَقدِ غَيرُ مُمكِنٍ فِي طَرَفِ الدَّينِ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مَعقُودٍ عَليهِ وَلا مَعقُودٍ بِهِ بَل وُجُوبُهُ سَابِقٌ عَلى الرَّهنِ، وَكَذَا يَبقَى بَعدَ انفِسَاخِهِ، وَالالتِحَاقُ بِأَصلِ العَقدِ فِي بَدَلي العَقدِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ

بَدَلٌ يَجِبُ بِالعَقدِ، ثُمَّ إذَا صَحَّت الزِّيَادَةُ فِي الرَّهنِ وَتُسَمَّى هَذِهِ زِيَادَةً قَصدِيَّةً يُقَسَّمُ الدَّينُ عَلى قِيمَةِ الأَوَّل يَومَ القَبضِ، وَعَلى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَومَ قُبِضَت، حَتَّى لو كَانَت قِيمَةُ الزِّيَادَةِ يَومَ قَبضِهَا خَمسَمِائَةٍ، وَقِيمَةُ الأَوَّل يَومَ القَبضِ أَلفًا وَالدَّينُ أَلفًا يُقَسَّمُ الدَّينُ أَثلاثًا، فِي الزِّيَادَةِ ثُلُثُ الدَّينِ، وَفِي الأَصل ثُلُثَا الدَّينِ اعتِبَارًا بِقِيمَتِهِمَا فِي وَقتَي الاعتِبَارِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الضَّمَانَ فِي كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يَثبُتُ بِالقَبضِ فَتُعتَبَرُ قِيمَةُ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا وَقتَ القَبضِ

الشرح:

قَال (وَتَجُوزُ **الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ** إلخْ) الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ مِثْلُ أَنْ يَرْهَنَ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ يُسَاوِي عَشَرَةً ثُمَّ يَزِيدُ الرَّاهِنُ ثَوْبًا آخَرَ لِيَكُونَ مَعَ الأَوَّل رَهْنًا بِالعَشَرَةِ جَازَ عِنْدَ عُلمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللهُ وَالزِّيَادَةُ عَلى الدَّيْنِ لا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ. وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا جَمِيعًا، وَالخِلافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهْنِ وَالثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ وَالمَهْرِ وَالمَنْكُوحَةِ، وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَ المَوْلى أَمَتَهُ مِنْ رَجُلٍ بِأَلفٍ ثُمَّ زَوَّجَ أَمَةً أُخْرَى بِذَلكَ الأَلفِ وَقَبِل الزَّوْجُ يَصِحُّ العَقْدَانِ وَيُقْسَمُ الأَلفُ عَليْهِمَا. وَذَكَرَ فِي الأَسْرَارِ وَطَرِيقَةِ البَرْغَرِيِّ وَغَيْرِ ذَلكَ أَنَّ ذَلكَ لمْ يَصِحَّ، وَنَقَل عَنْ حَمِيدِ الدِّينِ الضَّرِيرِ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ قَال: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُمْ مِنْ قَوْلهِمْ لا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي المَنْكُوحَةِ أَنْ يَقُول المَوْلى زِدْت لك أَمَةً أُخْرَى بِذَلكَ المَهْرِ.

أَمَّا لوْ قَال زَوَّجْتُك هَذِهِ الأَمَةَ الأُخْرَى بِذَلكَ المَهْرِ لزِمَ أَنْ يَصِحَّ. وَقَوْلُهُ (أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ) يَعْنِي مِنْ الدَّيْنِ الذِي هُوَ أَلفٌ فَيَكُونُ بِنِصْفِ الدَّيْنِ كَانَ جَائِزًا، وَلوْ رَهَنَ ثَوْبًا بِعِشْرِينَ نِصْفُهُ بِعَشَرَةٍ وَنِصْفُهُ بِعَشَرَةٍ لمْ يَصِحَّ. وَقَوْلُهُ (وَالالتِحَاقُ بِأَصْل العَقْدِ) إفْسَادٌ للجَامِعِ الذِي ذَكَرَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ الالتِحَاقَ بِأَصْل العَقْدِ إنَّمَا يُتَصَوَّرُ إذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ فِي المَعْقُودِ عَليْهِ أَوْ المَعْقُودِ بِهِ وَالزِّيَادَةُ فِي الدَّيْنِ ليْسَتْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلكَ، أَمَّا أَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَليْهِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا أَنَّهُ ليْسَ بِمَعْقُودٍ بِهِ فَلوُجُوبِهِ بِسَبَبِهِ قَبْل عَقْدِ الرَّهْنِ، بِخِلافِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ مَعْقُودٌ عَليْهِ لأَنَّهُ لمْ يَكُنْ مَحْبُوسًا قَبْل عَقْدِ الرَّهْنِ وَلا يَبْقَى بَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ (وَتُسَمَّى هَذِهِ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً) يَعْنِي بِخِلافِ نَمَاءِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ ليْسَ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً بَل ضِمْنِيَّةً وَلهَذَا اخْتَلفَ حُكْمًا.

(وَإِذَا وَلَدَت المَرهُونَةُ وَلدًا ثُمَّ إِنَّ الرَّاهِنَ زَادَ مَعَ الوَلدِ عَبدًا، وَقِيمَةُ كُل وَاحِد أَلفٌ فَالعَبدُ رَهنٌ مَعَ الوَلدِ خَاصَّةً يُقَسَّمُ مَا فِي الوَلدِ عَليهِ وَعَلى العَبدِ الزِّيَادَةُ)؛ لأَنَّهُ جَعَلَهُ زِيَادَةً مَعَ الوَلدِ دُونَ الأُمِّ (وَلو كَانَت الزِّيَادَةُ مَعَ الأُمِّ يُقَسَّمُ الدَّينُ عَلى قِيمَةِ الأُمِّ يَومَ العَقدِ وَعَلى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَومَ القَبضِ، فَمَا أَصَابَ الأُمَّ قُسِّمَ عَليهَا وَعَلى وَلدِهَا)؛ لأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلت عَلى الأُمِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَلَدَتْ المَرْهُونَةُ وَلَدًا) يَعْنِي إذَا رَهَنَ جَارِيَةً بِأَلْف تُسَاوِي أَلْفًا فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي أَلْفًا فَقَال الرَّاهِنُ زِدْتُك هَذَا العَبْدَ مَعَ الوَلَد رَهْنًا وَهُوَ أَيْضًا يُسَاوِي أَلْفًا جَازَ العَقْدُ وَيَكُونُ العَبْدُ رَهْنًا مَعَ الوَلَدِ دُونَ الأُمِّ، فَيُنْظَرُ إلى قِيمَة الوَلَدِ يَوْمَ الفكَاك وَإِلى قِيمَة الأُمِّ يَوْمَ العَقْد، فَمَا أَصَابَ الوَلَدَ قُسمَ عَلى قيمَته يَوْمَ الفكَاك وَقيمَة العَبْد يَوْمَ قَبْضه لأَنَّهُ دَخَلَ فِي ضَمَانه بالقَبْضِ، فَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ بَعْدَ الزِّيَادَة بَطَلَتْ لأَنَّهُ إذَا هَلكَ خَرَجَ منْ العَقْد وَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فَبَطَل الحُكْمُ فِي الزِّيَادَة. وَلوْ قَال الرَّاهنُ زِدْتُك هَذَا العَبْدَ مَعَ الأُمِّ قُسمَ الدَّيْنُ عَلى قيمَة الأُمِّ يَوْمَ العَقْد وَعَلى قيمَة الزِّيَادَة يَوْمَ القَبْض، فَمَا أَصَابَ الأُمَّ قُسمَ عَليْهَا وَعَلى وَلَدهَا، لأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلى الأُمِّ فَصَارَتْ كَأَنَّهَا كَانَتْ فِي أَصْل العَقْد فَيَكُونُ الوَلَدُ دَاخلا فِي حصَّة الأُمِّ خَاصَّةً، فَإِنْ مَاتَتْ الأُمُّ بَعْدَ الزِّيَادَة ذَهَبَ مَا كَانَ فيهَا وَبَقيَ الوَلَدُ وَالزِّيَادَةُ نَمَاءٌ فيهمَا لأَنَّ هَلاكَ الأُمِّ لا يُوجبُ سُقُوطَ الضَّمَان بَل يُقَرِّرُهُ فَلا يَبْطُلُ الحُكْمُ فِي الزِّيَادَة، وَلوْ مَاتَ الوَلَدُ بَعْدَ الزِّيَادَة ذَهَبَ بغَيْر شَيْء وَكَانَ العَقْدُ فِي الأُمِّ وَلا وَلَدَ مَعَهَا.

قَال (فَإِن رَهَنَ عَبدًا يُسَاوِي أَلفًا بِأَلفٍ ثُمَّ أَعطَاهُ عَبدًا آخَرَ قِيمَتُهُ أَلفٌ رَهنًا مَكَانَ الأَوَّل، فَالأَوَّلُ رَهنٌ حَتَّى يَرُدَّهُ إلى الرَّاهِنِ، وَالمُرتَهِنُ فِي الآخَرِ أَمِينٌ حَتَّى يَجعَلهُ مَكَانَ الأَوَّل)؛ لأَنَّ الأَوَّل إنَّمَا دَخَل فِي ضَمَانِهِ بِالقَبضِ وَالدَّين وَهُمَا بَاقِيَانِ فَلا يَخرُجُ عَن الضَّمَانِ إلا بِنَقضِ القَبضِ مَا دَامَ الدَّينُ بَاقِيًا، وَإِذَا بَقِيَ الأَوَّلُ فِي ضَمَانِهِ لا يَدخُلُ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ؛ لأَنَّهُمَا رَضِيَا بِدُخُول أَحَدِهِمَا فِيهِ لا بِدُخُولِهِمَا فَإِذَا رُدَّ الأَوَّلُ دَخَل الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ ثُمَّ قِيل: يُشتَرَطُ تَجدِيدُ القَبضِ؛ لأَنَّ يَدَ المُرتَهِنِ عَلى الثَّانِي يَدُ أَمَانَةٍ وَيَدُ الرَّهنِ بَعدَ استِيفَاءٍ وَضَمَانٍ فَلا يَنُوبُ عَنهُ، كَمَن لهُ عَلى آخَرَ جِيَادٌ فَاستَوفَى زُيُوفًا ظَنَّهَا جِيَادًا

ثُمَّ علمَ بِالزِّيَافَةِ وَطَالبَهُ بِالجيَادِ وَأَخذَهَا فَإنَّ الجيَادَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ مَا لم يَرُدَّ الزُّيُوفَ وَيُجدِّدَ القَبضَ وَقِيل لا يُشتَرَطُ؛ لأنَّ الرَّهنَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ على مَا بيَّنَّاهُ مِن قَبلُ وَقَبضُ الأَمَانَةِ يَنُوبُ عَن قَبضِ الهِبَةِ، وَلأنَّ الرَّهنَ عَينَهُ أَمَانَةٌ، وَالقَبضُ يُرَدُّ على العَينِ فَيَنُوبُ قَبضُ الأَمَانَةِ عَن قَبضِ العَينِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا إلخْ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي صَدْرِ كِتَابِ الرَّهْنِ فِي تَعْلِيل أَنَّ تَمَامَ الرَّهْنِ بِالقَبْضِ.

(وَلو أَبرَأَ المُرتَهِنُ الرَّاهِنَ عَن الدَّينِ أَو وَهَبَهُ مِنهُ ثُمَّ هَلكَ الرَّهنُ فِي يَدِ المُرتَهِنِ يَهلكُ بِغَيرِ شَيءٍ استِحسَانًا) خِلافًا لزُفَرَ؛ لأنَّ الرَّهنَ مَضمُونٌ بِالدَّينِ أَو بِجِهَتِهِ عِندَ تَوَهُّمِ الوُجُودِ كَمَا فِي الدَّينِ المَوعُودِ وَلم يَبقَ الدَّينُ بِالإِبرَاءِ أَو الهِبَةِ وَلا جِهَتِهِ لسُقُوطِهِ، إلا إذَا أَحدَثَ مَنعًا؛ لأنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا إذَا لم تَبقَ لهُ وِلايَةُ المَنعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (خِلافًا لزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ) هُوَ يَقُولُ: إنَّ الضَّمَانَ فِي بَابِ الرَّهْنِ إنَّمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ القَبْضِ وَهُوَ قَائِمٌ فَكَانَ مَا بَعْدَ الإِبْرَاءِ وَمَا قَبْلهُ سَوَاءً، وَلِهَذَا كَانَ مَضْمُونًا بَعْدَ الاسْتِيفَاءِ وَإِنْ لمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بَعْدَهُ. وَلنَا مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ **الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الوُجُود** كَمَا فِي الدَّيْنِ المَوْعُودِ، وَلمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ: أَيْ بِسَبَبِه وَلا جِهَتِهِ لسُقُوطِه فَلمْ يَبْقَ الرَّهْنُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ. فَإِنْ قِيل: **سُقُوطُ الدَّيْنِ لا يُوجِبُ سُقُوطَ الضَّمَانِ**، فَإِنَّهُ إذَا طَلبَهُ الرَّاهِنُ وَمَنَعَ المُرْتَهِنَ بَعْدَ الإِبْرَاءِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَقَدْ سَقَطَ الدَّيْنُ. أَجَابَ بِقَوْلِه إلا إذَا أَحْدَثَ مَنْعًا لأَنَّهُ يَصِيرُ بِه غَاصِبًا لانْتِفَاءِ وِلايَةِ مَنْعِه. وَالجَوَابُ عَنْ صُورَةِ الاسْتِيفَاءِ مَا ذَكَرَهُ عَلى وَجْهِ الفَرْقِ بِقَوْلِه إنَّ بِالإِبْرَاءِ يَسْقُطُ الدَّيْنُ أَصْلا كَمَا ذَكَرْنَا، وَبِالاسْتِيفَاءِ لا يَسْقُطُ لقِيَامِ المُوجِبِ وَهُوَ العَقْدُ الذِي لزِمَ الدَّيْنُ بِه، إلا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الاسْتِيفَاءُ لعَدَمِ الفَائِدَةِ لأَنَّهُ يَعْقُبُ مُطَالبَةَ مِثْله فَيُفْضِي إلى الدَّوْرِ.

(وَكَذَا إذَا ارتَهَنَت المَرأَةُ رَهنًا بِالصَّدَاقِ فَأَبرَأَتهُ أَو وَهَبَتهُ أَو ارتَدَّت وَالعِيَاذُ بِاللهِ قَبل الدُّخُول أَو اختَلعَت مِنهُ عَلى صَدَاقِهَا ثُمَّ هَلكَ الرَّهنُ فِي يَدِهَا يَهلكُ بِغَيرِ شَيءٍ فِي هَذَا كُلهِ وَلم تَضمَن شَيئًا لسُقُوطِ الدَّينِ كَمَا فِي الإِبرَاءِ، وَلو استَوفَى المُرتَهِنُ الدَّينَ

بِإيفَاءِ الرَّاهِنِ أَو بِإيفَاءِ مُتَطَوِّعٍ ثُمَّ هَلكَ الرَّهنُ فِي يَدِهِ يَهلكُ بِالدَّينِ وَيَجِبُ عَليهِ رَدُّ مَا استَوفَى إلى مَا استَوفَى مِنهُ وَهُوَ مَن عَليهِ أَو المُتَطَوِّعُ بِخِلافِ الإِبرَاءِ) وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ بِالإِبرَاءِ يَسقُطُ الدَّينُ أَصلا كَمَا ذَكَرنَا، وَبِالاستِيفَاءِ لا يَسقُطُ لقِيَامِ المُوجِبِ، إلا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الاستِيفَاءُ لعَدَمِ الفَائِدَةِ؛ لأَنَّهُ يَعقُبُ مُطَالبَةَ مِثله، فَأَمَّا هُوَ فِي نَفسِهِ فَقَائِمٌ، فَإِذَا هَلكَ يَتَقَرَّرُ الاستِيفَاءُ الأَوَّلُ فَانتَقَضَ الاستِيفَاءُ الثَّانِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا هُوَ) يَعْنِي تَعَذُّرُ الاسْتِيفَاءِ، فَأَمَّا الدَّيْنُ فَهُوَ قَائِمٌ فِي نَفْسِه وَهُوَ تَكْرِيرٌ للتَّوْكِيد (**فَإِذَا هَلكَ**) يَعْنِي الرَّهْنَ بِتَقَرُّرِ الاسْتِيفَاءِ الأَوَّل وَهُوَ الحُكْمِيُّ فَانْتَقَضَ الاسْتِيفَاءُ الثَّانِي وَهُوَ الحَقِيقِيُّ لئَلا يَتَكَرَّرَ الاسْتِيفَاءُ.

(وَكَذَا إذَا اشتَرَى بِالدَّينِ عَينًا أَو صَالحَ عَنهُ عَلى عَينٍ)؛ لأَنَّهُ استِيفَاءٌ (وَكَذَلكَ إذَا أَحَال الرَّاهِنُ المُرتَهِنَ بِالدَّينِ عَلى غَيرِهِ ثُمَّ هَلكَ الرَّهنُ بَطَلت الحَوَالةُ وَيَهلكُ بِالدَّينِ)؛ لأَنَّهُ فِي مَعنَى البَرَاءَةِ بِطَرِيقِ الأَدَاءِ؛ لأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ عَن مِلكِ المُحِيل مِثل مَا كَانَ لهُ عَلى المُحتَال عَليهِ، أَو مَا يَرجِعُ عَليهِ بِهِ إن لم يَكُن للمُحِيل عَلى المُحتَال عَليهِ دَينٌ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلةِ الوَكِيل (وَكَذَا لو تَصَادَقَا عَلى أَن لا دَينَ ثُمَّ هَلكَ الرَّهنُ يَهلكُ بِالدَّينِ) لتَوَهُّمِ وُجُوبِ الدَّينِ بِالتَّصَادُقِ عَلى قِيَامِهِ فَتَكُونُ الجِهَةُ بَاقِيَةً بِخِلافِ الإِبرَاءِ، وَاللَّهُ أَعلمُ بالصواب وإليه المرجع والمآب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا اشْتَرَى) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله وَلوْ اسْتَوْفَى. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ الشِّرَاءِ وَالصُّلحِ عَلى عَيْنٍ اسْتِيفَاءٌ فَيَجِبُ عَليْه رَدُّ الرَّهْنِ إنْ كَانَ بَاقِيًا أَوْ قِيمَته إنْ **هَلكَ فِي يَده قَبْل الرَّدِّ**. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) يَعْنِي البَرَاءَةَ بِطَرِيقِ الأَدَاءِ إشَارَةٌ إلى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ ذِمَّةُ المُحِيل تَبْرَأُ بِالحَوَالة عَمَّا عَليْه فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى الإِبْرَاءِ فَيَهْلكُ أَمَانَةً. وَوَجْهُ ذَلكَ مَا أَشَارَ إليْه أَنَّ الحَوَالةَ وَإِنْ كَانَتْ إبْرَاءً لكِنَّهَا بِطَرِيقِ الأَدَاءِ دُونَ الإِسْقَاطِ (لأَنَّهُ يَزُولُ بِه) أَيْ: بِعَقْد الحَوَالة إلخْ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) يَعْنِي المُحَال عَليْه (بِمَنْزِلة الوَكِيل) عَنْ المُحِيل بِقَضَاءِ الدَّيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلكَ لوْ تَصَادَقَا عَلى أَنْ لا دَيْنَ ثُمَّ هَلكَ الرَّهْنُ إلخْ) اخْتِيَارُ بَعْضِ المَشَايِخِ اخْتَارَهُ المُصَنِّفُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: إذَا كَانَ

التَّصَادُقُ بَعْدَ هَلاكِ الرَّهْنِ وَالدَّيْنِ كَانَ وَاجِبًا ظَاهِرًا فَهُوَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ وُجُوبَهُ ظَاهِرًا يَكْفِي لِضَمَانِ الرَّهْنِ فَكَانَ مُسْتَوْفِيًا، فَأَمَّا إذَا كَانَ قَبْلَهُ هَلَكَ أَمَانَةً لأَنَّهُ بِتَصَادُقِهِمَا يَنْتَفِي الدَّيْنُ مِنْ الأَصْلِ وَضَمَانُ الرَّهْنِ لا يَبْقَى بِدُونِ الدَّيْنِ.

وَوَجْهُ مُخْتَارِ المُصَنِّفِ مَا ذَكَرَهُ مِنْ تَوَهُّمِ وُجُوبِ الدَّيْنِ بِالتَّصَادُقِ عَلَى قِيَامِهِ يَعْنِي بَعْدَ التَّصَادُقِ عَلَى عَدَمِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَتَذَكَّرَا وُجُوبَهُ بَعْدَ التَّصَادُقِ عَلَى انْتِفَائِهِ فَتَكُونَ الجِهَةُ بَاقِيَةً، **وَضَمَانُ الرَّهْنِ** مُتَحَقِّقٌ بِتَوَهُّمِ الوُجُوبِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الإِبْرَاءِ) رَاجِعٌ إلى قَوْلِهِ وَلَوْ اسْتَوْفَى، وَذَلِكَ لأَنَّهُ مِنْ ثَمَّةَ إلى هَاهُنَا نُقُوضٌ عَلَى جَوَابِ الاسْتِحْسَانِ فِي صُورَةِ الإِبْرَاءِ، وَالأَوْلَى أَنْ يَرْجِعَ إلى قَوْلِهِ فَتَكُونُ الجِهَةُ بَاقِيَةً.

كتاب الجنايات

قَالَ (القَتلُ عَلى خَمسَةِ أَوجُهٍ: عَمدٌ، وَشِبهُ عَمدٍ، وَخَطأٌ، وَمَا أُجرِيَ مَجرَى الخَطَإِ، وَالقَتلُ بِسَبَبٍ) وَالمُرَادُ بَيَانُ قَتلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الأَحكَامُ قَالَ (فَالعَمدُ مَا تَعَمَّدَ ضَربَهُ بِسِلَاحٍ أَو مَا أُجرِيَ مَجرَى السِّلَاحِ كَالمُحَدَّدِ مِن الخَشَبِ وَلِيطَةِ القَصَبِ وَالمَروَةِ المُحَدَّدَةِ وَالنَّارِ)؛ لِأَنَّ العَمدَ هُوَ القَصدُ، وَلَا يُوقَفُ عَلَيهِ إلَّا بِدَلِيلِهِ وَهُوَ استِعمَالُ الآلَةِ القَاتِلَةِ فَكَانَ مُتَعَمِّدًا فِيهِ عِندَ ذَلِكَ.

الشرح:

(**كِتَابُ الجِنَايَاتِ**): ذَكَرَ الجِنَايَاتِ عَقِبَ الرَّهْنِ لِأَنَّ الرَّهْنَ لِصِيَانَةِ المَالِ وَحُكْمُ الجِنَايَاتِ لِصِيَانَةِ الأَنْفُسِ وَالمَالُ وَسِيلَةٌ لِلنَّفْسِ فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَيْهَا، وَمَحَاسِنُ أَجْزِيَتِهَا مَحَاسِنُ الحُدُودِ.

وَالجِنَايَةُ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ لِمَا يُكْتَسَبُ مِنْ الشَّرِّ تَسْمِيَةً بِالمَصْدَرِ مِنْ جَنَى عَلَيْهِ شَرًّا، وَهُوَ عَامٌّ إلَّا أَنَّهُ فِي الشَّرْعِ خُصَّ بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ شَرْعًا حَلَّ بِالنُّفُوسِ وَالأَطْرَافِ، وَالأَوَّلُ يُسَمَّى قَتْلًا وَهُوَ فِعْلٌ مِنْ العِبَادِ تَزُولُ بِهِ الحَيَاةُ، وَالثَّانِي يُسَمَّى قَطْعًا وَجَرْحًا. وَسَبَبُهَا سَبَبُ الحُدُودِ.

وَشَرْطُهَا كَوْنُ المَحَلِّ حَيَوَانًا، قَالَ (**القَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ**) القَتْلُ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ مِنْ قِصَاصٍ وَدِيَةٍ وَكَفَّارَةٍ وَحِرْمَانِ إرْثٍ خَمْسَةُ أَوْجُهٍ، وَذَلِكَ لِأَنَّا قَدْ اسْتَقْرَيْنَا فَوَجَدْنَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ شَيْءٌ مِنْ الأَحْكَامِ المَذْكُورَةِ.

وَقَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ حَصَلَ بِسِلَاحٍ أَوْ بِغَيْرِ سِلَاحٍ، فَإِنْ حَصَلَ بِسِلَاحٍ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ كَانَ بِهِ قَصْدُ القَتْلِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ العَمْدُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ الخَطَأُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِسِلَاحٍ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ كَانَ مَعَهُ قَصْدُ التَّأْدِيبِ وَالضَّرْبِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ شِبْهُ العَمْدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ كَانَ جَارِيًا مَجْرَى الخَطَأِ أَمْ لَا، فَإِنْ كَانَ فَهُوَ هُوَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ القَتْلُ بِالسَّبَبِ، وَبِهَذَا الانْحِصَارِ تَعْرِفُ أَيْضًا تَفْسِيرَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَضَعْفُهُ وَرَكَاكَتُهُ ظَاهِرَانِ. وَقَوْلُهُ (**أَوْ مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ**) يَعْنِي فِي تَفْرِيقِ الأَجْزَاءِ كَالمُحَدَّدِ مِنْ الخَشَبِ وَلِيطَةِ القَصَبِ وَهِيَ قِشْرُهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ.

(وَمُوجِبُ ذَلكَ المَأثَمُ) لقَولهِ تَعَالى ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ ﴾ [النساء: ٩٣]، وَقَد نَطَقَ بِهِ غَيرُ وَاحِدٍ مِن السُّنَّةِ [١]، وَعَليهِ انعَقَدَ إجمَاعُ الأُمَّةِ قَال (وَالقَوَدُ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ [البقرة: ١٧٨] إلا أَنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصفِ العَمدِيَّةِ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «العَمدُ قَوَدٌ» أَي مُوجِبُهُ، وَلأَنَّ الجِنَايَةَ بِهَا تَتَكَامَلُ وَحِكمَةُ الزَّجرِ عَليهَا تَتَوَفَّرُ، وَالعُقُوبَةُ المُتَنَاهِيَةُ لا شَرعَ لهَا دُونَ ذَلكَ قَال (إلا أَن يَعفُوَ الأَولياءُ أَو يُصَالحُوا)؛ لأَنَّ الحَقَّ لهُم ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَينًا، وَليسَ للوَليِّ أَخذُ الدِّيَةِ إلا بِرِضَا القَاتِل وَهُوَ أَحَدُ قَولي الشَّافِعِيِّ، إلا أَنَّ لهُ حَقَّ العُدُول إلى المَال مِن غَيرِ مَرضَاةِ القَاتِل؛ لأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدفَعًا للهَلاكِ فَيَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهُ، وَفِي قَول الوَاجِبِ أَحَدُهُمَا لا بِعَينِهِ وَيَتَعَيَّنُ بِاختِيَارِهِ؛ لأَنَّ حَقَّ العَبدِ شُرِعَ جَابِرًا وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ نَوعُ جَبرٍ فَيَتَخَيَّرُ وَلنَا مَا تَلونَا مِن الكِتَابِ وَرَوَينَا مِن السُّنَّةِ، وَلأَنَّ المَال لا يَصلُحُ مُوجِبًا لعَدَمِ المُمَاثَلةِ، وَالقِصَاصُ يَصلُحُ للتَّمَاثُل، وَفِيهِ مَصلحَةُ الأَحيَاءِ زَجرًا وَجَبرًا فَيَتَعَيَّنُ، وَفِي الخَطَإِ وُجُوبُ المَال ضَرُورَةَ صَونِ الدَّمِ عَن الإِهدَارِ، وَلا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصدِ الوَليِّ بَعدَ أَخذِ المَال فَلا يَتَعَيَّنُ مَدفَعًا للهَلاكِ، وَلا كَفَّارَةَ فِيهِ عِندَنَا: وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ؛ لأَنَّ الحَاجَةَ إلى التَّكفِيرِ فِي العَمدِ أَمَسُّ مِنهَا إليهِ فِي الخَطَإِ فَكَانَ أَدعَى إلى إيجَابِهَا وَلنَا أَنَّهُ كَبِيرَةٌ مَحضَةٌ، وَفِي الكَفَّارَةِ مَعنَى العِبَادَةِ فَلا تُنَاطُ بِمِثلهَا، وَلأَنَّ الكَفَّارَةَ مِن المَقَادِيرِ، وَتَعَيُّنُهَا فِي الشَّرعِ لدَفعِ الأَدنَى لا يُعَيِّنُهَا لدَفعِ الأَعلى وَمِن حُكمِهِ حِرمَانُ المِيرَاثِ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا مِيرَاثَ لقَاتِلٍ» [٢].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ السُّنَّةِ) مِنْهَا مَا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي خُطْبَتِهِ بِعَرَفَاتٍ **«أَلَا إنَّ دِمَاءَكُمْ وَنُفُوسَكُمْ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِي هَذَا فِي شَهْرِي هَذَا فِي مَقَامِي هَذَا»** وَمِنْهَا قَوْلُهُ ﷺ **«لَزَوَالُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ قَتْلِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ»**. وَقَوْلُهُ (وَالْقَوَدُ) يَعْنِي الْقِصَاصَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ الْمَأْثَمُ: أَيْ **مُوجَبُ**

---

(١) أخرجه البخاري في الديات باب ٦، ومسلم في القسامة (حديث ٢٥)، وأبو داود في الحدود باب ١.

(٢) أخرجه الترمذي في الفرائض باب ١٧، وابن ماجه في الفرائض باب ٨ (حديث ٢٧٣٥).

القَتْل العَمْد الإِثْمُ فِي الآخِرَةِ وَالقِصَاصُ فِي الدُّنْيَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ الآيَةَ وَهُوَ بِظَاهِرِهِ لَمْ يَفْصِل بَيْنَ العَمْدِ وَالخَطَأ لَكِنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصْفِ العَمْدِيَّةِ بِقَوْلِهِ ﷺ «**العَمْدُ قَوَدٌ**» أَيْ مُوجَبُهُ، وَالحَدِيثُ مَشْهُورٌ، وَلأَنَّ الجِنَايَةَ بِهَا: أَيْ بِالعَمْدِيَّةِ تَتَكَامَلُ.

وَقَوْلُهُ (لا شَرْعَ لَهَا دُونَ ذَلِكَ) أَيْ لا شَرْعِيَّةَ لِلعُقُوبَةِ المُتَنَاهِيَةِ بِدُونِ العَمْدِيَّةِ. وَتَقْرِيرُ حُجَّتِهِ أَنَّ العَمْدِيَّةَ تَتَكَامَلُ بِهَا الجِنَايَةُ، وَكُلُّ مَا تَتَكَامَلُ بِهِ الجِنَايَةُ كَانَتْ حِكْمَةُ الزَّجْرِ عَلَيْهَا أَكْمَل، وَقَوْلُهُ (وَالعُقُوبَةُ المُتَنَاهِيَةُ إلخ) حُجَّةٌ أُخْرَى. وَتَقْرِيرُهَا: القَوَدُ عُقُوبَةٌ مُتَنَاهِيَةٌ وَالعُقُوبَةُ المُتَنَاهِيَةُ لا شَرْعَ لَهَا دُونَ العَمْدِيَّةِ، وَذَلِكَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ) يَعْنِي القَوَدَ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لأَنَّهُ تَعَيَّنَ مِدْفَعًا لِلهَلاكِ) يَعْنِي لأَنَّ **القَاتِل فِي الامْتِنَاعِ مِنْ أَدَاءِ الدِّيَةِ بَعْدَمَا اُسْتُحِقَّتْ نَفْسُهُ قِصَاصًا** يُسَفِّهُ وَيُلْقِي نَفْسَهُ فِي التَّهْلُكَةِ فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ وَيُمْنَعُ عَنْهُ شَرْعًا (وَلَنَا مَا تَلَوْنَا) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ فِي الخَطَأ الدِّيَةَ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ القِصَاصُ المَذْكُورُ فِيهِ فِيمَا هُوَ ضِدُّ الخَطَأ وَهُوَ العَمْدُ، وَلَمَّا تَعَيَّنَ بِالعَمْدِ لا يُعْدَلُ عَنْهُ لِئَلا تَلْزَمَ الزِّيَادَةُ عَلَى النَّصِّ بِالرَّأْيِ.

وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِالسُّنَّةِ أَنَّ الأَلِفَ وَاللامَ فِي قَوْلِهِ العَمْدُ قَوَدٌ لِلجِنْسِ، إِذْ لا مَعْهُودَ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، فَفِيهِ تَنْصِيصٌ عَلَى أَنَّ حُكْمَ جِنْسِ العَمْدِ ذَلِكَ، فَمَنْ عَدَلَ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ زَادَ عَلَى النَّصِّ أَثَرُ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فِي قَوْلِهِ: العَمْدُ قَوَدٌ لا مَالَ فِيهِ إِلَى ذَلِكَ. وَوَجْهُ المَعْقُولِ أَنَّ المَالَ لا يَصْلُحُ مُوجَبًا فِي القَتْلِ العَمْدِ لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ، لأَنَّ الآدَمِيَّ مَالِكٌ مُبْتَذِلٌ وَالمَالَ مَمْلُوكٌ مُبْتَذَلٌ فَأَنَّى يَتَمَاثَلانِ، بِخِلافِ القِصَاصِ فَإِنَّهُ يَصْلُحُ مُوجَبًا لِلتَّمَاثُلِ، وَفِيهِ زِيَادَةُ حِكْمَةٍ وَهِيَ مَصْلَحَةُ الإِحْيَاءِ زَجْرًا لِلغَيْرِ عَنْ وُقُوعِهِ فِيهِ وَجَبْرًا لِلوَرَثَةِ فَيَتَعَيَّنُ، فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ صَلَحَ مُوجَبًا فِي الخَطَأ وَالفَائِتُ فِيهِ مِثْلُ الفَائِتِ فِي العَمْدِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَفِي الخَطَأ وُجُوبُ المَالِ ضَرُورَةَ صَوْنِ الدَّمِ عَنْ الإِهْدَارِ، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يُمْكِنْ الاقْتِصَاصُ فِيهِ هُدِرَ الدَّمُ لَوْ لَمْ يَجِبْ المَالُ وَالآدَمِيُّ مُكَرَّمٌ لا يَجِبُ إِهْدَارُ دَمِهِ، عَلَى أَنَّ ذَلِكَ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ، وَالعَمْدُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ حَتَّى يَلْحَقَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الوَلِيِّ بَعْدَ أَخْذِ المَالِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّهُ تَعَيَّنَ مِدْفَعًا

للهلاكِ وَذَلكَ لجوَازِ أَنْ يَأْخُذَ الوَلِيُّ المَال مِنْ القَاتِل بِدُونِ رِضَاهُ ثُمَّ يَقْتُلُهُ. قِيل هَذَا الوَهْمُ مَوْجُودٌ فِيمَا إذَا أَخذَ المَال صُلحًا وَقَدْ جَازَ. أُجِيبَ بِأَنَّ فِي الصُّلحِ المُرَاضَاةَ وَالقَتْلُ بَعْدَهُ ظَاهِرُ العَدَمِ.

وَعُورِضَ بِقَوْلِه ﷺ «**مَنْ قُتل لهُ قَتيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خيرَتَيْن: إنْ أَحبُّوا قَتلُوا، وَإنْ أَحبُّوا أَخَذُوا الدِّيَةَ**» وَبِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ القِصَاصَ لمَعْنَى الانْتِقَامِ وَتَشَفِّي صُدُورِ الأَوْلِيَاء، بخلاف القِيَاسِ فَإنَّ الجمَاعَةَ تُقْتَلُ بِوَاحِدٍ وَالقِيَاسُ لا يَقْتَضِيه، فَكَانَ لمَعْنَى النَّظَرِ للوَلِيِّ وَذَلكَ بتَمَكُّنه مِنْ القِصَاصِ وَأَخْذِ الدِّيَةِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الحَديثَ خَبَرُ وَاحد فَلا يُعَارِضُ الكتَابَ وَالسُّنَّةَ المَشْهُورَةَ عَلى مَا ذَكَرْنَا، وَأَنَّ القِصَاصَ لمَعْنَى النَّظَرِ للوَلِيِّ عَلى وَجْه خَاصٍّ وَهُوَ الانْتِقَامُ وَتَشَفِّي الصُّدُورِ، فَإِنَّهُ شُرِعَ زَجْرًا عَمَّا كَانَ عَلَيْه أَهْلُ الجَاهِلِيَّة مِنْ إفْنَاء قَبِيلَة بِوَاحِد لا لأَنَّهُمْ كَانُوا يَأْخُذُونَ أَمْوَالا كَثِيرَةً عِنْدَ قَتْل وَاحِد مِنْهُمْ، بَل القَاتِلُ وَأَهْلُهُ لوْ بَذَلُوا مَا مَلكُوهُ وَأَمْثَالهُ مَا رَضِيَ به أَوْلِيَاءُ المَقْتُول، فَكَانَ إيجَابُ المَال فِي مُقَابَلة القَتْل العَمْد تَضْيِيعُ حكْمَة القِصَاصِ، وَإذَا ثَبَتَ أَنَّ الأَصْل هُوَ القِصَاصُ لمْ يَجُزْ المَصِيرُ إلى غَيْرِه بغَيْرِ ضَرُورَة مِثْلُ أَنْ يَعْفُوَ أَحَدُ الأَوْلِيَاء فَإِنَّهُ تَعَذَّرَ الاسْتِيفَاءُ حِينَئذ، أَوْ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ القِصَاصِ نَاقِصًا بِأَنْ تَكُونَ يَدُ قَاطِعِ اليَد أَقَل أُصْبُعًا وَأَمْثَالُ ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (وَلا كَفَّارَةَ فِيه عِنْدَنَا) أَيْ فِي القَتْل العَمْد سَوَاءٌ وَجَبَ فِيه القِصَاصُ أَوْ لمْ يَجِبْ كَالأَب إذَا قَتَل ابْنَهُ عَمْدًا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ لأَنَّ الحَاجَةَ إلى التَّكْفِيرِ فِي العَمْد أَمَسُّ مِنْهَا إلَيْه فِي الخَطَأ لأَنَّهَا لسَتْرِ الذَّنْب وَالذَّنْبُ فِي العَمْد أَعْظَمُ (وَلنَا أَنَّهُ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ) وَمَا هُوَ كَذَلكَ لا يَكُونُ سَبَبًا لمَا فِيه مَعْنَى العِبَادَة وَالكَفَّارَةُ فِيهَا ذَلكَ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفقْه. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الكَفَّارَةَ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ وَهُوَ وَاضِحٌ. فَإنْ قِيل: هَبْ أَنَّ القِيَاسَ لا يَصِحُّ فَليَلحَقْ دَلالةً لأَنَّهُمَا مِثْلانِ فِي المَنَاط وَهُوَ السَّتْرُ وَلا مُعْتَبَرَ لصِفَة العَمْدِيَّة كَالمُحْرِمِ إذَا قَتَل الصَّيْدَ عَمْدًا فَإِنَّهُ كَقَتْله خَطَأً. فَالجَوَابُ أَنَّ المُمَاثَلةَ مَمْنُوعَةٌ، فَإِنَّ ذَنْبَ العَمْد مِمَّا لا يُسْتَرُ بِهَا لعَدَمِ صَلاحِيَّته لعَلَّهَا كَمَا مَرَّ.

فَإنْ قِيل: قَدْ دَلَّ الدَّلِيلُ عَلى عَدَمِ اعْتِبَارِ صِفَة العَمْدِيَّة وَهُوَ حَدِيثُ وَاثِلةَ بْنِ الأَسْقَعِ «أَتَيْنَا رَسُول اللَّه ﷺ بِصَاحِب لنَا قَدْ اسْتَوْجَبَ النَّارَ بِالقَتْل، فَقَال: **أَعْتِقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقُ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ**» وَإِيجَابُ النَّارِ إنَّمَا يَكُونُ بِالقَتْل

العَمْد. قُلنَا: لا نُسَلِّمُ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ اسْتَوْجَبَهَا بِشِبْهِ العَمْد كَالقَتْلِ بالحَجَرِ أَوْ العَصَا الكَبِيرَيْنِ. سَلَّمْنَاهُ لكنَّهُ لا يُعَارِضُ إشَارَةَ قَوْلِه تَعَالَى ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣] فَإِنَّ الفَاءَ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ المَذْكُورُ كُلَّ الجَزَاءِ، فَلوْ أَوْجَبْنَا الكَفَّارَةَ لكَانَ المَذْكُورُ بَعْضَهُ وَهُوَ خَلفٌ.

قَال (وَشِبهُ العَمدِ عِندَ أَبِي حَنِيفةَ أَن يَتَعَمَّدَ الضَّربَ بِمَا ليسَ بِسِلاحٍ وَلا مَا أُجرِيَ مَجرَى السِّلاحِ) وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَو بِخَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمدٌ وَشِبهُ العَمدِ أَن يَتَعَمَّدَ ضَربَهُ بِمَا لا يُقتَلُ بِهِ غَالبًا؛ لأَنَّهُ يَتَقَاصَرُ مَعنَى العَمدِيَّةِ بِاستِعمَالِ آلةٍ صَغِيرَةٍ لا يُقتَلُ بِهَا غَالبًا لمَا أَنَّهُ يَقصِدُ بِهَا غَيرَهُ كَالتَّأدِيبِ وَنَحوِهِ فَكَانَ شِبهَ العَمدِ، وَلا يَتَقَاصَرُ بِاستِعمَالِ آلةٍ لا تَلبَثُ؛ لأَنَّهُ لا يَقصِدُ بِهِ إلا القَتل كَالسَّيفِ فَكَانَ عَمدًا مُوجِبًا للقَوَدِ وَلهُ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَلا إنَّ قَتِيل خَطَإِ العَمدِ قَتِيلُ السَّوطِ وَالعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِن الإِبِلِ»[1] وَلأَنَّ الآلةَ غَيرُ مَوضُوعَةٍ للقَتل وَلا مُستَعمَلةٌ فِيهِ؛ إذ لا يُمكِنُ استِعمَالُهَا عَلى غِرَّةٍ مِن المَقصُودِ قَتلُهُ، وَبِهِ يَحصُلُ القَتلُ غَالبًا فَقَصُرَت العَمدِيَّةُ نَظَرًا إلى الآلةِ، فَكَانَ شِبهُ العَمدِ كَالقَتل بِالسَّوطِ وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ.

الشرح:

قَال (وَشِبْهُ العَمْد عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إلخ) اخْتَلفُوا فِي تَفْسِيرِ هَذَا النَّوْعِ مِنْ القَتْل، فَقَال أَبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ **شِبْهُ العَمْد** هُوَ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسلاحٍ وَلا أُجْرِيَ مَجْرَاهُ سَوَاءٌ كَانَ الهَلاكُ بِه غَالبًا كَالحَجَرِ وَالعَصَا الكَبِيرَيْنِ وَمدَقَّة القَصَّارِ أَوْ لمْ يَكُنْ كَالعَصَا الصَّغِيرَة. وَقَالا: هُوَ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لا يَحْصُلُ الهَلاكُ به غَالبًا كَالعَصَا الصَّغِيرَةِ إذَا لمْ يُوَال فِي الضَّرَبَات. فَأَمَّا إذَا وَالى فِيهَا فَقِيل شِبْهُ عَمْدٍ عِنْدَهُمَا وَقِيل عَمْدٌ مَحْضٌ، قَالا: سُمِّيَ هَذَا النَّوْعُ شِبْهَ العَمْد لاقْتِصَارِ مَعْنَى العَمْد فِيه وَإِلا لكَانَ عَمْدًا، وَاقْتِصَارُهُ إنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي اسْتِعْمَال آلة لا يُقْتَلُ بِهَا غَالبًا كَالعَصَا الصَّغِيرَة فَإِنَّهُ يُقْصَدُ باسْتِعْمَالهَا غَيْرُ القَتْل كَالتَّأْدِيب وَنَحْوِه.

لا فِي اسْتِعْمَال آلة لا تَلبَثُ فَإِنَّهُ لا يُقْصَدُ باسْتِعْمَالهَا إلا القَتْلُ وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ ﷺ «**أَلا إنَّ قَتِيل خَطَإِ العَمْد قَتِيلُ السَّوْط وَالعَصَا، وَفِيه مِائَةٌ مِنْ**

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٧)، والنسائي (٤٤٦٠)، وابن ماجه (٢٦٢٧).

الإبل» رَوَاهُ النُّعْمَانُ بْنُ بَشِير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ جَعَل قَتِيل السَّوْط وَالعَصَا مُطْلَقًا شِبْهَ عَمْد فَتَخْصِيصُهُ بِه بِالصَّغِيرَة إِبْطَالٌ للإِطْلاق وَهُوَ لا يَجُوزُ، وَلأَنَّ العَصَا الكَبِيرَةَ وَالصَّغِيرَةَ تَسَاوَيَا فِي كَوْنِهِمَا غَيْرَ مَوْضُوعَتَيْنِ للقَتْل وَلا مُسْتَعْمَلَتَيْنِ لهُ، إِذْ لا يُمْكِنُ الاسْتِعْمَالُ عَلى غُرَّة مِنْ المَقْصُود قَتْلُهُ، وَبِالاسْتِعْمَال عَلى غُرَّة يَحْصُلُ القَتْلُ غَالبًا، وَإِذَا تَسَاوَيَا وَالقَتْلُ بِالعَصَا الصَّغِيرَة شِبْهُ عَمْد فَكَذَا بِالكَبِيرَة.

قَالَ (وَمُوجِبُ ذَلكَ عَلَى القَولينِ الإِثمُ)؛ لأَنَّهُ قَتَل وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّربِ (وَالكَفَّارَةُ) لشَبَهِهِ بِالخَطَإِ (وَالدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلةِ) وَالأَصلُ أَنَّ كُلَّ دِيَةٍ وَجَبَت بِالقَتل ابتِدَاءً لا بِمَعنًى يَحدُثُ مِن بُعدِ فَهِيَ عَلَى العَاقِلةِ اعتِبَارًا بِالخَطَإِ، وَتَجِبُ فِي ثَلاثِ سِنِينَ لقَضِيَّةِ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ، وَتَجِبُ مُغَلَّظَةً، وَسَنُبَيِّنُ صِفَةَ التَّغلِيظِ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى (وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حِرمَانُ المِيرَاثِ)؛ لأَنَّهُ جَزَاءُ القَتلِ، وَالشُّبهَةُ تُؤَثِّرُ فِي سُقُوطِ القِصَاصِ دُونَ حِرمَانِ المِيرَاثِ وَمَالكٌ وَإِن أَنكَرَ مَعرِفَةَ شِبهِ العَمدِ فَالحُجَّةُ عَليهِ مَا أَسلفنَاهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمُوجَبُ ذَلكَ) أَيْ **مُوجَبُ شِبْهِ العَمْد** عَلى القَوْلَيْنِ: يَعْنِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلُهُمَا (الإِثْمُ لأَنَّهُ قَتْلٌ وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّرْب) عَلى مَا مَرَّ مِنْ تَفْسِيرِه (وَالكَفَّارَةُ لشَبَهِه بِالخَطَأ، وَالدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ عَلى العَاقِلة. وَالأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَة وَجَبَتْ بِالقَتْل ابْتِدَاءً لا بِمَعْنًى يَحْدُثُ مِنْ بَعْدُ فَهِيَ عَلى العَاقِلة) احْتَرَزَ بِقَوْله لا بِمَعْنًى يَحْدُثُ مِنْ بَعْدُ عَمَّا تَصَالحُوا فِيه عَلى الدِّيَة وَعَنْ قَتْل الوَالد وَلدَهُ عَمْدًا وَعَنْ إِقْرَارِ القَاتِل بِالقَتْل خَطَأً وَقَدْ كَانَ قَتْلُهُ عَمْدًا فَإِنَّ فِي هَذِه الصُّورَة تَجِبُ **الدِّيَةُ عَلى القَاتِل** فِي مَاله.

وَقَوْلُهُ (لقَضِيَّة عُمَرَ ﷺ) يَعْنِي مَا رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى بِالدِّيَة عَلى العَاقِلة فِي ثَلاث سِنِينَ، وَالمَرْوِيُّ عَنْهُ كَالمَرْوِيِّ عَنْ رَسُول اللَّه ﷺ لأَنَّهُ مِمَّا لا يُعْرَفُ بِالرَّأْي. وَقَوْلُهُ (فَالحُجَّةُ عَلَيْه مَا أَسْلفْنَاهُ) قِيل أَرَادَ قَوْلهُ ﷺ **«أَلا إِنَّ قَتِيل خَطَأ العَمْد قَتِيل السَّوْط وَالعَصَا»** الحَدِيثَ، وَلكِنَّ المَعْهُودَ مِنْ المُصَنِّف رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مِثْله أَنْ يَقُول مَا رَوَيْنَا وَالحَقُّ أَنْ يُقَال: إِنَّمَا قَال أَسْلفْنَا نَظَرًا إِلى الحَدِيث وَالمَعْنَى المَعْقُول.

قَال (وَالخَطَأُ عَلَى نَوعَينِ: خَطَأٌ فِي القَصدِ، وَهُوَ أَن يَرمِيَ شَخصًا يَظُنُّهُ صَيدًا،

فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ، أَو يَظُنُّهُ حَرِبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسلمٌ وَخَطَأٌ فِي الفِعل، وَهُوَ أَن يَرمِيَ غَرَضًا فَيُصِيبَ آدَمِيًّا، وَمُوجَبُ ذَلكَ الكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلى العَاقِلَةِ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ ﴾ **[النساء: ٩٢]، وَهِيَ عَلى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلا إِثمَ فِيهِ) يَعنِي فِي الوَجهَينِ قَالُوا: المُرَادُ إِثمُ القَتلِ، فَأَمَّا فِي نَفسِهِ فَلا يَعرَى عَنِ الإِثمِ مِن حَيثُ تَركُ العَزِيمَةِ وَالمُبَالَغَةِ فِي التَّثَبُّتِ فِي حَالِ الرَّمي، إِذ شَرعُ الكَفَّارَةِ يُؤذِنُ بِاعتِبَارِ هَذَا المَعنَى (وَيُحرَمُ عَنِ المِيرَاثِ)؛ لأَنَّ فِيهِ إِثمًا فَيَصِحُّ تَعلِيقُ الحِرمَانِ بِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا تَعَمَّدَ الضَّربَ مَوضِعًا مِن جَسَدِهِ فَأَخطَأَ فَأَصَابَ مَوضِعًا آخَرَ فَمَاتَ حَيثُ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لأَنَّ القَتلَ قَد وُجِدَ بِالقَصدِ إِلى بَعضِ بَدَنِهِ، وَجَمِيعُ البَدَنِ كَالمَحَلِّ الوَاحِدِ.**

الشرح:

قَال (وَالخَطَأُ عَلى نَوْعَيْنِ) إِنَّمَا انْحصَرَ **الخَطَأُ فِي نَوْعَيْنِ**، لأَنَّ الرَّمْيَ إلى شَيْءٍ مَثَلا مُشْتَمِلٌ عَلى فِعْل القَلبِ وَهُوَ القَصْدُ وَالجَارِحَةُ وَهُوَ الرَّمْيُ، فَإِنْ اتَّصَل الخَطَأُ بِالأَوَّل فَهُوَ الأَوَّلُ، وَإِنْ اتَّصَل بِالثَّانِي فَهُوَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلى قَوْله وَتَجِبُ فِي ثَلاث سِنِينَ لقَضِيَّة عُمَرَ ﷺ (وَلا إِثْمَ فِيه فِي الوَجْهَيْنِ) أَيْ النَّوْعَيْنِ لقَوْله ﷺ «**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ**» الحَدِيثَ. وَقَوْلُهُ (وَيُحْرَمُ عَنْ المِيرَاث لأَنَّ فِيه إِثْمًا) بِدَليل وُجُوب الكَفَّارَة، وَالحِرْمَانُ يَجبُ بِأَنْوَاعِ القَتْل فِيمَا هُوَ جِنَايَةٌ، قِيل عَلى المُوَرِّث تَضَمَّنَتْ تُهْمَةَ الاسْتِعْجَال عَلى المِيرَاث، وَهَذَا كَذَلكَ لاحْتِمَال أَنَّهُ قَصَدَهُ، إِلا أَنَّهُ أَظْهَرَ الخَطَأَ مِنْ نَفْسِه، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلكَ فِي شَرْحِ الرِّسَالَةِ وَمُخْتَصَرِ الضَّوْءِ فِي الفَرَائِضِ مُسْتَوْفًى بِتَأْيِيد اللَّه تَعَالى.

وَقَوْلُهُ (بِخِلاف مَا إِذَا تَعَمَّدَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْله وَمُوجَبُ ذَلكَ الكَفَّارَةُ وَالدِّيَةُ. وَصُورَةُ ذَلكَ رَجُلٌ **تَعَمَّدَ أَنْ يَضْرِبَ يَدَ رَجُلٍ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ عُنُقَهُ فَقَتَلَهُ** فَهُوَ عَمْدٌ فِيه القَوَدُ. وَلوْ أَرَادَ يَدَ رَجُلٍ فَأَصَابَ عُنُقَ غَيْرِه وَأَبَانَهُ فَهُوَ خَطَأٌ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الخَطَأ مِثْلُ **النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ** لأَنَّ النَّائِمَ لا يُوصَفُ فِعْلُهُ بِالعَمْد وَلا بِالخَطَأ، إِلا أَنَّهُ كَالخَطَأ فِي الأَحْكَام لأَنَّ المَقْتُول مَاتَ بِثِقَله فَكَأَنَّهُ مَاتَ بِفِعْله.

قَال (وَمَا أُجرِيَ مَجرَى الخَطَإِ مِثلُ النَّائِمِ يَنقَلِبُ عَلى رَجُلٍ فَيَقتُلُهُ فَحُكمُهُ حُكمُ الخَطَإِ فِي الشَّرعِ، وَأَمَّا القَتلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ البِئرِ وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيرِ مِلكِهِ، وَمُوجِبُهُ

إذَا تَلفَ فِيهِ آدَمِيٌّ الدِّيَةُ عَلى العَاقِلَةِ)؛ لأنَّهُ سَبَبُ التَّلفِ وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ فأنزِل مَوقِعًا دَافِعًا فَوَجَبَت الدِّيَةُ (وَلا كَفَّارَةَ فِيهِ وَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِرمَانُ المِيرَاثِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُلحَقُ بِالخَطَإِ فِي أَحكَامِهِ؛ لأنَّ الشَّرعَ أَنزَلَهُ قَاتِلا وَلنَا أنَّ القَتل مَعدُومٌ مِنهُ حَقِيقَةً فَأُلحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيرِهِ عَلى الأصل، وَهُوَ إن كَانَ يَأثَمُ بِالحَفرِ فِي غَيرِ مِلكِهِ لا يَأثَمُ بِالمَوتِ عَلى مَا قَالُوا، وَهَذِهِ كَفَّارَةُ ذَنبِ القَتل وَكَذَا الحِرمَانُ بِسَبَبِهِ (وَمَا يَكُونُ شِبهَ عَمدٍ فِي النَّفسِ فَهُوَ عَمدٌ فِيمَا سِوَاهَا)؛ لأنَّ إتلافَ النَّفسِ يَختَلفُ بِاختِلافِ الآلةِ، وَمَا دُونَهَا لا يَختَصُّ إتلافُهُ بِآلةٍ دُونَ آلةٍ والله اعلم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ قَاتِلا) يَعْنِي فِي حَقِّ الضَّمَانِ فَكَذَا فِي الكَفَّارَةِ وَالحِرْمَانِ. وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ تَجِبُ بِالقَتْلِ وَهُوَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً لِعَدَمِ اتِّصَالِ فِعْلِهِ بِهِ، وَإِنَّمَا أُلحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ صِيَانَةً لِلدِّمَاءِ عَنْ الهَدَرِ فَيَبْقَى فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَى الأَصْلِ. فَإِنْ قِيلَ: الحَافِرُ فِي غَيْرِ مِلكِهِ يَأْثَمُ وَمَا فِيهِ إِثْمٌ مِنْ القَتْلِ يَصِحُّ تَعْلِيقُ الحِرْمَانِ بِهِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي الخَطَأِ.

أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَهُوَ إِنْ كَانَ يَأْثَمُ بِالحَفْرِ فِي غَيْرِ مِلكِهِ) أَيْ الإِثْمُ الحَاصِلُ بِالقَتْلِ يَصِحُّ تَعْلِيقُ الحِرْمَانِ بِهِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ إِثْمَهُ إِثْمُ الحَفْرِ لا المَوْتِ. وَقَوْلُهُ (وَمَا يَكُونُ شِبْهَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا) يَعْنِي لَيْسَ فِيمَا **دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ** إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ (لأَنَّ إِتْلافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الآلَةِ) فَإِنَّ إِتْلافَ النَّفْسِ لا يُقْصَدُ إلا بِالسِّلاحِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهُ، وَأَمَّا مَا دُونَهَا فَإِنَّهُ يَقْصِدُ إِتْلافَهُ بِغَيْرِهِ كَمَا يَقْصِدُ بِهِ، أَلا تَرَى أَنَّ فَقْءَ العَيْنِ كَمَا يُقْصَدُ بِالسِّكِّينِ يُقْصَدُ بِالسَّوْطِ وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قَال (القِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتلِ كُلِّ مَحقُونِ الدَّمِ عَلى التَّأبِيدِ إذَا قَتل عَمدًا) أَمَّا العَمدِيَّةُ فَلمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا حَقنُ الدَّمِ عَلى التَّأبِيدِ فَلتَنتَفِيَ شُبهَةُ الإِبَاحَةِ وَتَتَحَقَّقَ المُسَاوَاةُ قَال (وَيُقتَلُ الحُرُّ بِالحُرِّ وَالحُرُّ بِالعَبدِ) لِلعُمُومَاتِ وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُقتَلُ الحُرُّ بِالعَبدِ لِقَولِهِ تَعَالى ﴿ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ ﴾ وَمِن ضَرُورَةِ هَذِهِ المُقَابَلةِ أَن لا يُقتَل حُرٌّ بِعَبدٍ، وَلأنَّ مَبنَى القِصَاصِ عَلى المُسَاوَاةِ وَهِيَ مُنتَفِيَةٌ بَينَ المَالكِ وَالمَملُوكِ وَلِهَذَا

لا يُقطعُ طَرَفُ الحُرِّ بطَرَفِهِ، بخِلافِ العَبدِ بالعَبدِ؛ لأنَّهُمَا يَستَوِيَانِ، وبِخِلافِ العَبدِ حَيثُ يُقتَلُ بالحُرِّ؛ لأنَّهُ تَفَاوُتٌ إلى نُقصَانٍ ولنَا أنَّ القِصَاصَ يَعتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي العِصمَةِ وَهِيَ بِالدِّينِ وَبِالدَّارِ وَيَستَوِيَانِ فِيهِمَا، وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَينَ العَبدَينِ يُؤذِنُ بِانتِفَاءِ شُبهَةِ الإِبَاحَةِ، وَالنَّصُّ تَخصِيصٌ بِالذِّكرِ فَلا يَنفِي مَا عَدَاهُ قَال (وَالمُسلمُ بِالذِّمِّيِّ) خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ لهُ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يُقتَلُ مُؤمِنٌ بِكَافِرٍ»[(١)] وَلأنَّهُ لا مُسَاوَاةَ بَينَهُمَا وَقتَ الجِنَايَةِ، وَكَذَا الكُفرُ مُبِيحٌ فَيُورِثُ الشُّبهَةَ وَلنَا مَا رُوِيَ «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَل مُسلمًا بِذِمِّيٍّ»[(٢)] وَلأنَّ المُسَاوَاةَ فِي العِصمَةِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إلى التَّكلِيفِ وَالدَّارِ وَالمُبِيحُ كُفرُ المُحَارِبِ دُونَ المُسَالِمِ، وَالقَتلُ بِمِثلِهِ يُؤذِنُ بِانتِفَاءِ الشُّبهَةِ، وَالمُرَادُ بِمَا رَوَى الحَربِيُّ لِسِيَاقِهِ «وَلا ذُو عَهدٍ فِي عَهدِهِ» وَالعَطفُ لِلمُغَايَرَةِ قَال (وَلا يُقتَلُ بِالمُستَأمَنِ)؛ لأنَّهُ غَيرُ مَحقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأبِيدِ، وَكَذَلكَ كُفرُهُ بَاعِثٌ عَلَى الحِرَابِ؛ لأنَّهُ عَلَى قَصدِ الرُّجُوعِ.

الشرح:

(**بَابُ مَا يُوجِبُ القِصَاصَ وَمَا لا يُوجِبُهُ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَقْسَامِ القَتْلِ وَكَانَ مِنْ جُمْلَتِهَا العَمْدُ وَهُوَ قَدْ يُوجِبُ القِصَاصَ وَقَدْ لا يُوجِبُهُ احْتَاجَ إلى تَفْصِيل ذَلكَ فِي بَاب عَلَى حدَة. قَال (**القِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْل كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيد** إلخ) هَذه ضَابِطَةٌ كُلِّيَّةٌ لمَعْرِفَة **مَنْ يَجِبُ لهُ القِصَاصُ**، وَحَقْنُ الدَّمِ مَنَعَهُ أَنْ يَسْفكَ. وَقَوْلُهُ (عَلى التَّأْبِيد) احْتِرَازٌ عَنْ المُسْتَأْمَن، فَإِنَّ فِي دَمِه شُبْهَةَ الإِبَاحَة بالعَوْد إلى دَار الحَرْب المُزيلة للمُسَاوَاة المُنْبِئِ عَنْهَا القِصَاصُ، وَلا بُدَّ مِنْ صِفَة العَمْدَيْنِ لمَا بَيَّنَّا مِنْ قَوْله ﷺ «**العَمْدُ قَوَدٌ**» وَمِنْ أَنَّ الجنَايَةَ بهَا تَتَكَامَلُ، وَفِيه بَحْثٌ مِنْ أَوْجُه: الأَوَّلُ أَنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ إليْه وَذَلكَ يُنَافِي وَصْفَ القِصَاصِ بالوُجُوب.

الثَّانِي أَنَّ حَقْنَ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيد غَيْرُ مُتَصَوَّر لأَنَّ أَنْهَى مَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ للمُسْلمِ فِي دَارِ الإِسْلام وَهُوَ يَزُولُ بالارْتدَاد وَالعِيَاذُ بَاللَّه تَعَالى. الثَّالثُ أَنَّهَا مَنْقُوضَةٌ بِمُسْلمٍ قَتَل ابْنَهُ المُسْلمَ فَإِنَّهَا مَوْجُودَةٌ فِيه وَلا قصَاصَ. الرَّابعُ أَنَّ قَيْدَ التَّأْبِيد لثُبُوت المُسَاوَاة، وَإِذَا **قَتَل المُسْتَأْمَنُ مُسْلمًا** وَجَبَ القِصَاصُ وَلا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فَأَجَابَ عَنْ

---

(١) أخرجه البخاري في العلم باب ٣٩، والترمذي في الديات باب ١٦، والنسائي في القسامة باب ١٣.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٣٤/٣، ١٣٥) رقم (١٦٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

الأَوَّل أَنَّ المُرَادَ بالوُجُوب ثُبوتُ حَقِّ الاستِيفَاءِ وَلا مُنَافَاةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العَفْو. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ المُرَادَ بِالحَقْنِ عَلى التَّأْبِيدِ مَا هُوَ بِحَسَبِ الأَصْلِ وَالارْتِدَادُ عَارِضٌ لا مُعْتَبَرَ بِه وَرُجُوعُ الحَرْبِيِّ إلى دَارِهِ أَصْلٌ لا عَارِضٌ. وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّ القِصَاصَ ثَابِتٌ لكِنَّهُ انْقَلَبَ مَالا لشُبْهَةِ الأُبُوَّةِ. وَعَنْ الرَّابِعِ بِأَنَّ التَّفَاوُتَ إلى نُقْصَانٍ غَيْرُ مَانِعٍ عَنْ الاسْتِيفَاءِ، بِخِلافِ العَكْسِ.

وَقَوْلُهُ للعُمُومَاتِ يُرِيدُ بِهِ مِثْل قَوْله تَعَالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ [البقرة: ١٧٨] وَقَوْلُهُ ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا ﴾ [الإسراء: ٣٣] وَقَوْلُهُ ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥] وَقَوْلُهُ ﷺ «**العَمْدُ قَوَدٌ**» وَذَكَرَ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَوَجْهَهُ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ) أَيْ العِصْمَةُ (بِالدِّينِ) يَعْنِي عِنْدَهُ (أَوْ بِالدَّارِ) يَعْنِي عِنْدَنَا (وَ) العَبْدُ وَالحُرُّ (يَسْتَوِيَانِ فِيهِمَا) فَيَجْرِي القِصَاصُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ قَال جَازَ أَنْ تَكُونَ شُبْهَةُ الإِبَاحَة مَانِعَةً وَهِيَ ثَابِتَةٌ لأَنَّ الرِّقَّ أَثَرُ الكُفْرِ وَحَقِيقَةُ الكُفْرِ تَمْنَعُ مِنْهُ كَمَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالمُسْتَأْمَنِ فَكَذَا أَثَرُهُ. أَجَابَ بِقَوْلِه (وَجَرَيَانُ القِصَاصِ) مَعْنَاهُ لا يَصْلُحُ ذَلكَ مَانِعًا، إذْ لوْ صَلحَ لمَا جَرَى بَيْنَ العَبْدَيْنِ كَمَا لا يَجْرِي بَيْنَ المُسْتَأْمَنِينَ وَليْسَ كَذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (وَالنَّصُّ تَخْصِيصٌ بِالذِّكْرِ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ مِنْ المُقَابَلةِ فِي الآيَةِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ ذَلكَ تَخْصِيصٌ بالذِّكْرِ وَهُوَ لا يَنْفِي مَا عَدَاهُ كَمَا فِي قَوْله ﴿ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ﴾ [البقرة: ١٧٨] فَإِنَّهُ لا يَنْفِي الذَّكَرَ بالأُنْثَى وَلا العَكْسَ بالإِجْمَاعِ، وَفَائِدَةُ التَّخْصِيصِ الرَّدُّ عَلى مَنْ أَرَادَ قَتْل غَيْرِ القَاتِل بِالمَقْتُول، وَذَلكَ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رَوَى أَنَّ قَبِيلتَيْنِ مِنْ العَرَبِ تَدَّعِي إحْدَاهُمَا فَضْلا عَلى الأُخْرَى اقْتَتَلتَا، فَقَالتْ مُدَّعِيَةُ الفَضْل: لا نَرْضَى إلا بِقَتْل الذَّكَرِ مِنْهُمْ بالأُنْثَى مِنَّا وَالحُرِّ مِنْهُمْ بِقَتْل العَبْدِ مِنَّا، فَأَنْزَل اللَّهُ تَعَالى هَذِهِ الآيَةَ رَدًّا عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَذْكُرْ الجَوَابَ عَنْ الأَطْرَاف.

وَقَدْ أُجِيبَ بِأَنَّ **القِصَاصَ فِي الأَطْرَاف** يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي الجُزْءِ المُبَان، فَإِنَّهُ لا تُقْطَعُ اليَدُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلاءِ، وَلا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فِي ذَلكَ لأَنَّ الرِّقَّ ثَابِتٌ فِي أَجْزَاءِ الجِسْمِ، بِخِلافِ النُّفُوسِ فَإِنَّ القِصَاصَ فِيهَا يَعْتَمِدُهَا فِي العِصْمَة وَقَدْ تَسَاوَيَا فِيهَا عَلى مَا مَرَّ. قَال (وَالمُسْلمُ وَالذِّمِّيُّ فِيهِ سَوَاءٌ) اخْتَلفَ العُلمَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي ثُبُوت اقْتِصَاصِ

المُسْلِمِ بِالذِّمِّيِّ، فَذَهَبَ عَامَّةُ العُلَمَاءِ إلى عَدَمِه، وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ إلى ثُبُوتِه وَهُوَ مَذْهَبُ النَّخَعِيِّ وَالشَّعْبِيِّ.

اسْتَدَلَّ الأَوَّلُونَ بِمَا رَوَى أَبُو جُحَيْفَةَ قَالَ: «سَأَلت عَلِيًّا ﷺ هَل عِنْدَكَ مِنْ رَسُول اللَّهِ ﷺ سِوَى القُرْآنِ؟ قَال لا، وَالَّذِي فَلَقَ الحَبَّةَ وَبَرَأَ النَّسَمَةَ إلا أَنْ يُعْطَى فَهْمًا فِي كِتَابِهِ وَمَا فِي الصَّحِيفَةِ، قُلت: وَمَا فِي الصَّحِيفَةِ؟ قَال: العَقْلُ وَفِكَاكُ الأَسِيرِ وَلا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ». وَبِأَنَّ القِصَاصَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي وَقْتِ الجِنَايَةِ وَلا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فِيهِ. وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِوَقْتِ الجِنَايَةِ لأَنَّ **القَاتِل إذَا كَانَ ذِمِّيًّا وَقْتَ القَتْل ثُمَّ أَسْلَمَ** فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالإِجْمَاعِ، وَبِأَنَّ الكُفْرَ مُبِيحٌ لِدَمِه لِقَوْلِه تَعَالى ﴿ **وَقَـٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٌ** ﴾ [البقرة: ١٩٣] أَيْ فِتْنَةُ الكُفْرِ فَيُورِثُ شُبْهَةَ عَدَمِ المُسَاوَاةِ. وَلَنَا مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ «أَنَّ رَجُلا مِنْ المُسْلِمِينَ قَتَل رَجُلا مِنْ أَهْل الذِّمَّةِ فَرُفِعَ ذَلِكَ إلى رَسُول اللَّهِ ﷺ فَقَال: **أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَّى بِذِمَّتِه**، ثُمَّ أَمَرَ بِه فَقُتِل» وَفِي دَلالَتِه عَلَى المَطْلُوبِ جَلاءٌ لا يُمَارَى.

وَرُدَّ بِأَنَّ مَدَارَهُ عَلَى ابْنِ السَّلْمَانِيِّ وَهُوَ ضَعِيفٌ. قَال صَالِحُ بْنُ مُحَمَّد الحَافِظُ رَحِمَهُ اللَّهُ ابْنُ السَّلْمَانِيِّ حَدِيثُهُ مُنْكَرٌ، رُوِيَ عَنْهُ رَبِيعَةُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَل مُسْلِمًا بِمُعَاهَدٍ» وَهُوَ مُرْسَلٌ مُنْكَرٌ.

وَقَال الدَّارَقُطْنِيُّ: ابْنُ السَّلْمَانِيِّ لا يَقُومُ بِه حُجَّةٌ إذَا وَصَل فَكَيْفَ إذَا أَرْسَل. وَالجَوَابُ أَنَّ الطَّعْنَ بِالإِرْسَال وَالطَّعْنُ المُبْهَمُ مِنْ أَئِمَّة الحَدِيث غَيْرُ مَقْبُولٍ، وَقَدْ عُرِفَ فِي الأُصُول (وَلأَنَّ القِصَاصَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي العِصْمَةِ وَهِيَ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إلى التَّكْلِيف) يَعْنِي عِنْدَهُ (أَوْ الدَّارِ) يَعْنِي عِنْدَنَا فَيَثْبُتُ. وَقَوْلُهُ (وَالمُبِيحُ كُفْرُ المُحَارِبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِه وَكَذَا الكُفْرُ مُبِيحٌ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ مُطْلَقَ الكُفْرِ مُبِيحٌ بَل المُبِيحُ كُفْرُ المُحَارِبِ، قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ قَـٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ إلى قَوْلِه ﴿ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ ﴾ [التوبة: ٢٩] وَقَوْلُهُ وَالقَتْلُ بِمِثْلِه لِدَفْعِ قَوْلِه فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ: أَيْ **قَتْلُ الذِّمِّيِّ بِالذِّمِّيِّ** دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ كُفْرَ الذِّمِّيِّ لا يُورِثُ الشُّبْهَةَ إذْ لَوْ أَوْرَثَهَا لَمَا جَرَى القِصَاصُ بَيْنَهُمَا كَمَا لا يَجْرِي بَيْنَ الحَرْبِيِّينَ.

فَإِنْ قِيل: يُورِثُ الشُّبْهَةَ إذَا قَتَلهُ مُسْلِمٌ. قُلنَا: فَيَكُونُ قَبْل قَتْلِه المُسْلِمَ مَعْصُومًا

كَالمُسْلِمِ فَيَجبُ القِصَاصُ.

وَقَوْلُهُ (وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَدَلُّوا بِهِ مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَتَقْرِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الآثَارِ أَنَّ الَّذِي حَكَاهُ أَبُو جُحَيْفَةَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ لَمْ يَكُنْ مُفْرَدًا، وَلَوْ كَانَ مُفْرَدًا لاحْتَمَلَ مَا قَالُوا وَلَكِنْ مَوْصُولا بِغَيْرِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ «**وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِه**» وَإِلَيْهِ أَشَارَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (لِسِيَاقِهِ وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ) وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ عَطَفَ هَذَا عَلَى الأَوَّلِ وَالعَطْفُ لِلمُغَايَرَةِ فَيَكُونُ كَلامًا تَامًّا فِي نَفْسِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ لأَدَائِهِ إِلى أَنْ لا يُقْتَلَ ذُو عَهْدٍ مُدَّةَ عَهْدِهِ وَإِنْ قَتَلَ مُسْلِمًا، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ بِالإِجْمَاعِ فَيُقَدَّرُ وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ بِكَافٍ عَلَى طَرِيقَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيۡهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٥] ثُمَّ الكَافِرُ الَّذِي لا يُقْتَلُ بِهِ ذُو عَهْدٍ هُوَ الحَرْبِيُّ فَيُقَدَّرُ بِكَافِرٍ حَرْبِيٍّ، وَإِذْ لا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ حَرْبِيٍّ يُقَدَّرُ فِي المَعْطُوفِ عَلَيْهِ كَذَلِكَ، وَإِلا لَكَانَ ذَلِكَ أَعَمَّ وَالأَعَمُّ لا دَلالَةَ لَهُ عَلَى الأَخَصِّ بِوَجْهٍ مِنْ الوُجُوهِ، فَمَا فَرَضْنَاهُ دَلِيلا لا يَكُونُ دَلِيلا هَذَا خَلَفٌ بَاطِلٌ.

فَإِنْ قِيلَ: فَمَا كَيْفِيَّةُ قَتْلِ المُسْلِمِ بِالحَرْبِيِّ حَتَّى صَحَّ نَفْيُهُ وَقَتْلُهُمْ وَاجِبٌ؟ فَالجَوَابُ مِنْ جِهَتَيْنِ: أَحَدُهُمَا المُسْلِمُ دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ كَافِرًا حَرْبِيًّا فَهُوَ حَرَامٌ لَكِنْ لا يُقْتَصُّ مِنْهُ. وَالثَّانِي أَنْ يَقْتُلَ مَنْ لا يَحِلُّ قَتْلُهُ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ كَالنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ. وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ مِنْ مَعَارِكِ الآرَاءِ لا طَائِلَ تَحْتَ تَطْوِيلِهَا فَلنَقْتَصِرْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (وَلا يُقْتَلُ) يَعْنِي المُسْلِمَ (بِالمُسْتَأْمَنِ لأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ) كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ البَابِ (وَلأَنَّ كُفْرَهُ بَاعِثٌ عَلَى الحِرَابِ لأَنَّهُ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ) إِلى دَارِهِ فَكَانَ كَالحَرْبِيِّ.

(وَلا يُقتَلُ الذِّمِّيُّ بِالمُستَأمَنِ) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(**وَلا يُقْتَلُ الذِّمِّيُّ بِالمُسْتَأْمَنِ** لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ لَيْسَ مَحْقُونَ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ. وَقِيلَ هُوَ إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ ﷺ «**وَلا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِه**» وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ لأَنَّ المَعْهُودَ مِنْهُ مِثْلُهُ لِمَا رَوَيْنَا، وَلأَنَّا قَدَّرْنَا ذَلِكَ بِكَافِرٍ حَرْبِيٍّ إِلا إِذَا أُرِيدَ هُنَاكَ بِالحَرْبِيِّ أَعَمَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُسْتَأْمَنًا أَوْ مُحَارِبًا وَهُوَ الحَقُّ، وَيُغْنِينَا عَنْ السُّؤَالِ عَنْ كَيْفِيَّةِ قَتْلِ المُسْلِمِ الحَرْبِيِّ

وَالجَوَابِ عَنْهُ. وَعَبَّرَ بِقَوْلِهِ لِمَا بَيَّنَّا لأَنَّ التَّقْدِيرَ المَذْكُورَ لَيْسَ بِمَرْوِيٍّ وَإِنَّمَا هُوَ تَأْوِيلٌ فَلَمْ يَقُل لِمَا رَوَيْنَا.

(وَيُقتَلُ المُستَأمَنُ بِالمُستَأمَنِ) قِيَاسًا لِلمُسَاوَاةِ، وَلا يُقتَلُ استِحسَانًا لِقِيَامِ المُبِيحِ.

(وَيُقتَلُ الرَّجُلُ بِالمَرأَةِ، وَالكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالأَعمَى وَالزَّمِنُ وَبِنَاقِصِ الأَطرَافِ وَبِالمَجنُونِ) لِلعُمُومَاتِ، وَلأَنَّ فِي اعتِبَارِ التَّفَاوُتِ فِيمَا وَرَاءَ العِصمَةِ امتِنَاعَ القِصَاصِ وَظُهُورَ التَّقَاتُلِ وَالتَّفَانِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِلعُمُومَاتِ) يَعْنِي الآيَاتِ الدَّالَّةَ بِعُمُومِهَا عَلَى وُجُوبِ **القِصَاصِ** وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِي اعْتِبَارِ التَّفَاوُتِ إلخ) يَصْلُحُ لِجَمِيعِ مَا خَالَفْنَا فِيهِ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ (وَلا يُقتَلُ الرَّجُلُ بِابنِهِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ»(١) وَهُوَ بِإِطلاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي قَولِهِ يُقَادُ إِذَا ذَبَحَهُ ذَبحًا، وَلأَنَّهُ سَبَبٌ لإِحيَائِهِ، فَمِنَ المُحَالِ أَن يُستَحَقَّ لَهُ إِفنَاؤُهُ وَلِهَذَا لا يَجُوزُ لَهُ قَتلُهُ، وَإِن وَجَدَهُ فِي صَفِّ الأَعدَاءِ مُقَاتِلا أَو زَانِيًا وَهُوَ مُحصَنٌ، وَالقِصَاصُ يَستَحِقُّهُ المَقتُولُ ثُمَّ يَخلُفُهُ وَارِثُهُ، وَالجَدُّ مِن قِبَلِ الرِّجَالِ أَو النِّسَاءِ، وَإِن عَلا فِي هَذَا بِمَنزِلَةِ الأَبِ، وَكَذَا الوَالِدَةُ وَالجَدَّةُ مِن قِبَلِ الأَبِ أَو الأُمِّ قَرُبَت أَو بَعُدَت لِمَا بَيَّنَّا، وَيُقتَلُ الوَلَدُ بِالوَالِدِ لِعَدَمِ المُسقِطِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ إلخ) **لا يُقْتَلُ الإِنْسَانُ بِوَلَدِه** لِقَوْلِه ﷺ **«لا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِه»** وَهُوَ مَعْلُولٌ بِكَوْنِه سَبَبًا لإِحْيَائِه وَهُوَ وَصْفٌ مُعَلَّلٌ ظَهَرَ أَثَرُهُ فِي جِنْسِ الحُكْمِ المُعَلَّلِ بِه، فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ وَالِدَهُ وَإِنْ وَجَدَهُ فِي صَفِّ الأَعْدَاءِ مُقَاتِلا أَوْ وَجَدَهُ زَانِيًا وَهُوَ مُحْصَنٌ فَيَجُوزُ أَنْ يَتَعَدَّى بِه الحُكْمُ مِنْ الوَالِد إِلَى الجَدِّ مُطْلَقًا وَإِلَى الأُمِّ وَالجَدَّاتِ كَذَلِكَ فَإِنَّهُمْ أَسْبَابٌ لإِحْيَائِه فَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لإِفْنَائِهِمْ. قَوْلُهُ (وَالقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ المَقْتُولُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الوَارِثُ يَسْتَحِقُّ إِفْنَاءَهُ لا الوَلَدُ وَلا مَحْذُورَ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ فَمِنْ المُحَالِ أَنْ يَتَسَبَّبَ لِفَنَائِهِ لاسْتَغْنَى عَنْ هَذَا السُّؤَالِ وَالجَوَابِ.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٦٤)، وانظر نصب الراية (٥/٩٢).

وَقَال مَالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إنْ ذَبَحَهُ يُقَادُ به لانْتفَاءِ شُبْهَة الخَطَأ منْ كُلِّ وَجْه، بخلاف مَا إذَا رَمَاهُ بسَيْف أَوْ سكِّين فَإنَّ فيه تَوَهُّمَ التَّأْديب، لأَنَّ شَفَقَةَ الأُبوَّة تَمْنَعُهُ عَنْ ذَلكَ فَيَتَمَكَّنُ فِيهِ نَوْعُ شُبْهَة، قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ بِإطْلاقه حُجَّةٌ عَلى مَالك رَحمَهُ اللَّهُ.

وَطُولبَ بالفَرْق بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ **مَنْ زَنَى بابْنَته وَهُوَ مُحْصَنٌ** فَإنَّهُ يُرْجَمُ. أُجيبَ بأَنَّ الرَّجْمَ حَقُّ اللَّه تَعَالى عَلى الخُلُوص، بخلاف القصَاص. لا يُقَالُ: فَيَجبُ أَنْ يُحَدَّ إذَا **زَنَى بجَارِيَة ابْنه**، لأَنَّ حَقَّ الملك بقَوْله ﷺ «**أَنْتَ وَمَالُك لأَبيك**» صَارَ شُبْهَةً في الدَّرْء. وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهُ سَبَبٌ لإحْيَائه

قَال (وَلا يُقتَلُ الرَّجُلُ بِعَبدِهِ وَلا مُدَبَّرِهِ وَلا مُكَاتَبِهِ وَلا بِعَبدِ وَلدِهِ)؛ لأَنَّهُ لا يَستَوجِبُ لنَفسِهِ عَلى نَفسِهِ القِصَاصَ وَلا وَلدِهِ عَليهِ، وَكَذَا لا يُقتَلُ بِعَبدٍ مَلكَ بَعضَهُ؛ لأَنَّ القِصَاصَ لا يَتَجزَّأ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا وَلدُهُ) بالرَّفْعِ مَعْطُوفٌ عَلى الضَّميرِ المُسْتَكنِ فِي يَسْتَوْجبُ، وَجَازَ ذَلكَ بِلا تَأْكيدٍ بِمُنْفَصلٍ لوُقُوعِ الفَصْل: يَعْنِي وَلا يَسْتَوْجبُ وَلدُهُ عَلى أَبِيه إذَا قَتَل الأَبُ عَبْدَ وَلده.

قَال (وَمَن وَرِثَ قِصَاصًا عَلى أَبِيهِ سَقَطَ) لحُرمَةِ الأُبُوَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلى أَبِيه) مِثْلُ أَنْ يَقْتُل الرَّجُلُ أُمَّ ابْنه مَثَلا.

قَال (وَلا يُستَوفَى القِصَاصُ إلا بِالسَّيفِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُفعَلُ بِهِ مِثلُ مَا فَعَل إن كَانَ فِعلا مَشرُوعًا، فَإِن مَاتَ وَإِلا تُحزَّ رَقَبَتُهُ؛ لأَنَّ مَبنَى القِصَاصِ عَلى المُسَاوَاةِ وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا قَوَدَ إلا بِالسَّيفِ»[1] وَالمُرَادُ بِهِ السِّلاحُ، وَلأَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إليهِ استِيفَاءُ الزِّيَادَةِ لو لم يَحصُل المَقصُودُ بِمِثل مَا فَعَل فَيُحَزُّ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنهُ كَمَا فِي كَسرِ العَظمِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلا يُسْتَوْفَى القِصَاصُ إلا بالسَّيْفِ**) يَعْنِي إذَا وُجدَ القَتْلُ المُوجَبُ للقَوَد

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٦٦٨)، وانظر نصب الراية (٥/ ٩٥).

لا يُسْتَوْفَى إلا بِالسَّيْفِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ قَتْلٌ بِفِعْلٍ مَشْرُوعٍ مِثْلُ أَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَمَاتَ مِنْهُ فُعِلَ بِمِثْلِ ذَلِكَ وَيُمْهَلُ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ فَإِنْ مَاتَ وَإِلا تُحَزُّ رَقَبَتُهُ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ مَشْرُوعٍ كَأَنْ سَقَاهُ الْخَمْرَ حَتَّى قَتَلَهُ أَوْ لاطَ بِصَغِيرٍ فَقَتَلَهُ يُقْتَلُ بِالسَّيْفِ، لأَنَّ مَبْنَى الْقِصَاصِ الْمُسَاوَاةُ وَذَلِكَ فِيمَا ذَكَرْنَا لأَنَّ فِيهِ مُسَاوَاةً فِي أَصْلِ الْوَصْفِ وَالْفِعْلِ الْمَقْصُودِ بِهِ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «**لا قَوَدَ إلا بِالسَّيْفِ**» وَهُوَ نَصٌّ عَلَى نَفْيِ اسْتِيفَاءِ الْقَوَدِ بِغَيْرِهِ وَيَلْحَقُ بِهِ مَا كَانَ سِلاحًا) فَإِنْ قِيلَ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ لا قَوَدَ يَجِبُ إلا بِالسَّيْفِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْقَوَدَ اسْمٌ لِفِعْلٍ هُوَ جَزَاءُ الْفِعْلِ كَالْقِصَاصِ دُونَ مَا يَجِبُ شَرْعًا وَالْحَمْلُ عَلَيْهِ مَجَازٌ بِاعْتِبَارِ مَا يَئُولُ إلَيْهِ، وَهَذَا مُخْتَارُ صَاحِبِ الأَسْرَارِ. فَخْرِ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدَّرَهُ بِلا قَوَدٍ يَجِبُ إلا بِالسَّيْفِ وَاسْتَدَلَّ بِهِ لأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي نَفْيِ الْقِصَاصِ عَنْ **الْقَتْلِ بِالْمُثْقَلِ** وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إلَيْهِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ الْجَوَابَ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّ **مَبْنَى الْقِصَاصِ عَلَى الْمُسَاوَاةِ**. وَوَجْهُهُ لا نُسَلِّمُ وُجُودَ الْمُسَاوَاةِ فِيمَا ذَهَبَ إلَيْهِ لأَنَّ فِيهِ الزِّيَادَةَ لَوْ لَمْ يَحْصُلْ الْمَقْصُودُ بِمِثْلِ مَا فَعَلَ، لأَنَّ فِيهِ الْحَزَّ بَعْدَ فِعْلِ مِثْلِ مَا فَعَلَ بِهِ، وَأَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ لأَدَائِهِ إلَى انْتِفَاءِ الْقِصَاصِ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ كَمَا فِي كَسْرِ الْعَظْمِ، فَإِنَّ مَنْ كَسَرَ عَظْمَ إنْسَانٍ سِوَى السِّنِّ عَمْدًا فَإِنَّهُ لا يُقْتَصُّ مِنْهُ، وَإِذَا جَازَ تَرْكُ الْقِصَاصِ كُلِّهِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الزِّيَادَةِ فَلأَنْ يَجُوزَ تَرْكُ الْبَعْضِ أَوْلَى.

قَالَ (وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْدًا وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إلا الْمَوْلَى وَتَرَكَ وَفَاءً فَلَهُ الْقِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا أَرَى فِي هَذَا قِصَاصًا)؛ لأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبُ الاسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ الْوَلاءُ إن مَاتَ حُرًّا وَالْمِلْكُ إن مَاتَ عَبْدًا، وَصَارَ كَمَن قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْنِي هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِكَذَا، وَقَالَ الْمَوْلَى زَوَّجْتُهَا مِنك لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لاخْتِلافِ السَّبَبِ كَذَا هَذَا وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الاسْتِيفَاءِ لِلْمَوْلَى بِيَقِينٍ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ، وَاخْتِلافُ السَّبَبِ لا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَلا إلَى اخْتِلافِ حُكْمٍ فَلا يُبَالَى بِهِ، بِخِلافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ؛ لأَنَّ حُكْمَ مِلْكِ الْيَمِينِ يُغَايِرُ حُكْمَ النِّكَاحِ (وَلَو تَرَكَ وَفَاءً وَلَهُ وَارِثٌ غَيرُ الْمَوْلَى فَلا قِصَاصَ، وَإِن اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى)؛ لأَنَّهُ اشْتَبَهَ مَن لَهُ الْحَقُّ؛ لأَنَّهُ الْمَوْلَى إن مَاتَ عَبْدًا، وَالْوَارِثُ إن مَاتَ حُرًّا

إذ ظَهَرَ الاختِلافُ بَينَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم فِي مَوتِهِ عَلى نَعتِ الحُرِّيَّةِ أَو الرِّقِّ، بِخِلافِ الأُولى؛ لأَنَّ المَولى مُتَعَيِّنٌ فِيهَا (وَإِن لم يَترُك وَفاءً وَلهُ وَرَثَةٌ أَحرارٌ وَجَبَ القِصَاصُ للمَولى فِي قَولِهِم جَمِيعًا)؛ لأَنَّهُ مَاتَ عَبدًا بِلا رَيبٍ لانفِسَاخِ الكِتَابَةِ، بِخِلافِ مُعتَقِ البَعضِ إِذَا مَاتَ وَلم يَترُك وَفَاءً؛ لأَنَّ العِتقَ فِي البَعضِ لا يَنفَسِخُ بِالعَجزِ

الشرح:

قَال (وَإِذْ قَتَل الْمُكَاتَبُ عَمْدًا وَلَيْسَ لهُ وَارِثٌ إلى الْمَوْلى إلخْ) إذَا قَتَل الْمُكَاتَبُ عَمْدًا فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَرَكَ وَفَاءً أَوْ لَمْ يَتْرُكْ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ لهُ وَارِثٌ غَيْرُ المَوْلى أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَللمَوْلى القِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لا أَرَى فِي هَذَا قِصَاصًا. وَاسْتَدَلَّ بِمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ وَكَأَنَّهُ حَامَ حَوْل الدَّرْءِ بِالشُّبُهَاتِ وَلهُمَا أَنَّ حَقَّ الاسْتِيفَاءِ للمَوْلى بِيَقِينٍ إلخْ، وَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ نَفْيُ اعْتِبَارِ مِثْل هَذِهِ الشُّبْهَةِ لانْحِطَاطِهَا عَنْ دَرَجَةِ الاعْتِبَارِ، لأَنَّ السَّبَبَيْنِ إذَا رَجَعَا إلى شَخْصٍ وَحُكْمُهُمَا لمْ يَخْتَلفْ صَارَا كَسَبَبٍ وَاحِدٍ لحُكْمٍ وَاحِدٍ. وَأَمَّا إذَا رَجَعَا إلى شَخْصَيْنِ كَمَا لوْ كَانَ لهُ وَارِثٌ غَيْرُ المَوْلى وَاخْتَلفَ حُكْمُهُمَا كَالمَسْأَلةِ المُسْتَشْهَدِ بِهَا فَيُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ مُعْتَبَرَةً، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلا قِصَاصَ وَإِنْ اجْتَمَعُوا لوُجُودِ الاشْتِبَاهِ عَلى مَا ذُكِرَ، لأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اخْتَلفُوا فِي مَوْتِهِ عَلى نَعْتِ الحُرِّيَّةِ أَوْ الرِّقِّ، فَإِنَّهُ عَلى قَوْل عَليٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يَمُوتُ حُرًّا إذَا أُدِّيَتْ كِتَابَتُهُ فَيَكُونُ الاسْتِيفَاءُ لوَرَثَتِهِ.

وَعَلى قَوْل زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ﷺ يَمُوتُ عَبْدًا فَيَكُونُ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ للمَوْلى (بِخِلافِ الأُولى فَإِنَّ المَوْلى مُتَعَيِّنٌ فِيهَا) وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مَا إذَا مَاتَ وَلمْ يَتْرُكْ وَفَاءً فَوَاضِحٌ كَمَا ذُكِرَ، وَلمْ يَذْكُرْ مَا إذَا مَاتَ وَلمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلا وَارِثَ لهُ أَوْ لهُ وَرَثَةٌ أَرِقَّاءُ لعَدَمِ الفَائِدَةِ فِي ذِكْرِهِ، لأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مُعْتَقِ البَعْضِ إذَا مَاتَ وَلمْ يَتْرُكْ وَفَاءً) يَعْنِي لا يَجِبُ القِصَاصُ لأَنَّ مِلكَ المَوْلى لا يَعُودُ بِمَوْتِهِ وَلا يَنْفَسِخُ بِالعَجْزِ مَا عَتَقَ مِنْهُ

(وَإِذَا **قُتِل عَبْدُ الرَّهْنِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ** لمْ يَجِبْ القِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ)؛ لأَنَّ المُرْتَهِنَ لا مِلكَ لهُ فَلا يَليهِ، وَالرَّاهِنُ لوْ تَوَلاهُ لبَطَل حَقُّ المُرْتَهِنِ فِي

الدَّيْنِ فَيُشْتَرَطُ اجْتِمَاعُهُمَا لِيَسْقُطَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ بِرِضَاهُ

قَالَ (وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الْمَعْتُوهِ فَلِأَبِيهِ أَن يَقتُلَ)؛ لِأَنَّهُ مِن الوِلَايَةِ عَلى النَّفسِ شُرِعَ لِأَمرٍ رَاجِعٍ إِلَيهَا وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدرِ فَيَلِيهِ كَالإِنكَاحِ (وَلَهُ أَن يُصَالِحَ)؛ لِأَنَّهُ أَنظَرُ فِي حَقِّ الْمَعتُوهِ، وَلَيسَ لَهُ أَن يَعفُوَ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبطَالَ حَقِّهِ (وَكَذَلِكَ إِن قُطِعَت يَدُ الْمَعتُوهِ عَمدًا) لِمَا ذَكَرنَا (وَالوَصِيُّ بِمَنزِلَةِ الأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقتُلُ)؛ لِأَنَّهُ لَيسَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَى نَفسِهِ وَهَذَا مِن قَبِيلِهِ، وَيَندَرِجُ تَحتَ هَذَا الإِطلَاقِ الصُّلحُ عَنِ النَّفسِ وَاستِيفَاءُ القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فَإِنَّهُ لَم يُستَثنَ إِلَّا القَتلُ وَفِي كِتَابِ الصُّلحِ أَنَّ الوَصِيَّ لَا يَملِكُ الصُّلحَ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي النَّفسِ بِالاعتِيَاضِ عَنهُ فَيَنزِلُ مَنزِلَةَ الاستِيفَاءِ وَوَجهُ الْمَذكُورِ هَاهُنَا أَنَّ الْمَقصُودَ مِنَ الصُّلحِ الْمَالُ وَأَنَّهُ يَجِبُ بِعَقدِهِ كَمَا يَجِبُ بِعَقدِ الأَبِ بِخِلَافِ القِصَاصِ؛ لِأَنَّ الْمَقصُودَ التَّشَفِّي وَهُوَ مُختَصٌّ بِالأَبِ وَلَا يَملِكُ العَفوَ؛ لِأَنَّ الأَبَ لَا يَملِكُهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبطَالِ فَهُوَ أَولَى وَقَالُوا القِيَاسُ أَلَّا يَملِكَ الوَصِيُّ الاستِيفَاءَ فِي الطَّرَفِ كَمَا لَا يَملِكُهُ فِي النَّفسِ؛ لِأَنَّ الْمَقصُودَ مُتَّحِدٌ وَهُوَ التَّشَفِّي وَفِي الاستِحسَانِ يَملِكُهُ؛ لِأَنَّ الأَطرَافَ يُسلَكُ بِهَا مَسلَكَ الأَموَالِ فَإِنَّهَا خُلِقَت وِقَايَةً لِلأَنفُسِ كَالْمَالِ عَلَى مَا عُرِفَ فَكَانَ استِيفَاؤُهُ بِمَنزِلَةِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، وَالصَّبِيُّ بِمَنزِلَةِ الْمَعتُوهِ فِي هَذَا، وَالقَاضِي بِمَنزِلَةِ الأَبِ فِي الصَّحِيحِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَن قُتِلَ وَلَا وَلِيَّ لَهُ يَستَوفِيهِ السُّلطَانُ، وَالقَاضِي بِمَنزِلَتِهِ فِيهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَتَل وَلِيُّ الْمَعْتُوهِ) يَعْنِي ابْنَهُ (فَلِأَبِيه) وَهُوَ جَدُّ الْمَقْتُول الاسْتِيفَاءُ (لِأَنَّهُ مِنْ) بَابِ (الوِلَايَةِ عَلى النَّفْسِ شُرِعَ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهَا) أَيْ إِلى النَّفْسِ (وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدْرِ فَيَلِيه كَالإِنْكَاحِ) وَلا يُتَوَهَّمُ أَنَّ كُلَّ مَنْ مَلَكَ الإِنْكَاحَ مَلَكَ اسْتِيفَاءَ القِصَاصِ كَالأَخِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الإِنْكَاحَ دُونَ القِصَاصِ لِأَنَّهُ شُرِعَ لِلتَّشَفِّي وَلِلأَبِ شَفَقَةٌ كَامِلَةٌ يُعَدُّ ضَرَرُ الوَلَدِ ضَرَرَ نَفْسِه فَجُعِل مَا يَحْصُلُ لهُ مِنْ التَّشَفِّي كَالحَاصِل لِلابْنِ بِخِلافِ الأَخِ (وَلَهُ) أَيْ لِوَلِيِّ المَعْتُوهِ (أَنْ يُصَالِحَ) لكِنْ عَلى قَدْرِ الدِّيَةِ، فَإِنْ نَقَصَ يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ أَنْظَرُ فِي حَقِّ المَعْتُوه. وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْله لِأَنَّهُ مِنْ الوِلَايَةِ عَلى النَّفْسِ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ لَيْسَ لهُ وِلَايَةٌ عَلى نَفْسِه) أَيْ نَفْسِ المَعْتُوه (وَهَذَا) أَيْ الاسْتِيفَاءُ (مِنْ قَبِيله وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا الإِطْلَاقِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَالوَصِيُّ بِمَنْزِلَة الأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ

(إنَّ الوَصِيَّ لا يَمْلكُ الصُّلحَ) يَعْنِي عَنْ النَّفْسِ، وَأَمَّا عَمَّا دُونَهَا فَيَمْلكُهُ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ) أَيْ المَالُ يَجِبُ بِعَقْدِه أَيْ بِعَقْدِ الوَصِيِّ.

قال (وَمَن قُتِل وَلهُ أَولياءٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ فَللكِبَارِ أَن يَقتُلُوا القَاتِل عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا ليسَ لهُم ذَلكَ حَتَّى يُدرِكَ الصِّغَارُ)؛ لأَنَّ القِصَاصَ مُشتَرَكٌ بَينَهُم وَلا يُمكِنُ استِيفَاءُ البَعضِ لعَدَمِ التَّجَزِّي، وَفِي استِيفَائِهِم الكُلَّ إبطَالُ حَقِّ الصِّغَارِ فَيُؤَخَّرُ إلى إدرَاكِهِم كَمَا إذَا كَانَ بَينَ الكَبِيرَينِ وَأَحَدُهُمَا غَائِبٌ أَو كَانَ بَينَ المَولَيَينِ وَلهُ أَنَّهُ حَقٌّ لا يَتَجَزَّأُ لثُبُوتِهِ بِسَبَبٍ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ القَرَابَةُ، وَاحتِمَالُ العَفوِ مِن الصَّغِيرِ مُنقَطِعٌ فَيَثبُتُ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَمَلا كَمَا فِي وِلايَةِ الإِنكَاحِ، بِخِلافِ الكَبِيرَينِ؛ لأَنَّ احتِمَال العَفوِ مِن الغَائِبِ ثَابِتٌ وَمَسأَلةُ المَولَيَينِ مَمنُوعَةٌ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ قُتِل وَلهُ أَوْلَيَاءٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ إلخْ) إذَا كَانَ أَوْلَيَاءُ القَتِيل صِغَارًا وَكِبَارًا فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ الأَبُ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ فَلَهُمْ الاسْتِيفَاءُ عِنْدَ عُلَمَائِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ بِالاتِّفَاقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَقَالا: لَيْسَ لَهُمْ ذَلكَ حَتَّى يُدْرِكَ الصِّغَارُ وَوَجْهُهُمَا ظَاهِرٌ عَلى مَا ذُكِرَ. وَوَجْهُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَبْنِيٌّ عَلى ثُبُوتِ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الصِّغَارِ وَالغُيَّبِ مِنْ حَيْثُ احْتِمَالُ العَفْوِ فِي الحَال وَعَدَمِه، فَإِنَّهُ فِي الغَائِبِ مَوْهُومٌ فَالاسْتِيفَاءُ يَقَعُ مَعَ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لا يَجُوزُ، وَفِي الصَّغِيرِ مَأْيُوسٌ حَال الاسْتِيفَاءِ فَانْتَفَى الشُّبْهَةُ، وَإِذَا انْتَفَى الشُّبْهَةُ وَهُوَ حَقٌّ لا يَتَجَزَّى لثُبُوتِه بِسَبَبٍ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ القَرَابَةُ يَثْبُتُ لكُلِّ وَاحِدٍ كَمَلا كَالوِلايَةِ فِي الإِنْكَاحِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لوْ كَانَ كَذَلكَ لمَا سَقَطَ القِصَاصُ بِعَفْوِ أَحَدِهِمَا، كَمَا لوْ تَعَدَّدَ القَتِيلُ وَعَفَا أَحَدُ الأَوْلِيَاءِ فَإِنَّ لغَيْرِه وِلايَةَ اسْتِيفَاءِ قِصَاصِ قَتِيله لا مَحَالةَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الحَقَّ وَاحِدٌ، فَلوْ لمْ يَسْقُطْ كَانَ ثَابِتًا سَاقِطًا وَهُوَ مُحَالٌ فَيَسْقُطُ القِصَاصُ وَيَنْقَلبُ مَالا نَظَرًا للجَانِبَيْنِ، بِخِلافِ مَا إذَا تَعَدَّدَ القَتِيلُ فَإِنَّ الحَقَّ ثَمَّةَ مُتَعَدِّدٌ فَلا يَلزَمُ مِنْ سُقُوطِ بَعْضٍ سُقُوطُ غَيْرِه. وَقَوْلُهُ (وَمَسْأَلةُ المَوْليَيْنِ مَمْنُوعَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله أَوْ كَانَ بَيْنَ المَوْليَيْنِ، وَسَنَدُ مَنْعِه مَا ذُكِرَ فِي الأَسْرَارِ لا رِوَايَةَ فِي **عَبْدٍ أَعْتَقَهُ رَجُلانِ ثُمَّ قَتَل أَوْ قُتِل وَلهُ مَوْليَانِ** فَيَجُوزُ أَنْ يُقَال: لا نُسَلِّمُ أَنَّ أَحَدَهُمَا لا يَنْفَرِدُ

بالاسْتِيفَاءِ، وَلئِنْ سَلَّمْنَا فَأَحَدُ المَوْلِيَيْنِ إِنَّمَا لَمْ يَنْفَرِدْ بالاسْتِيفَاءِ لأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَكْمُل فِي حَقِّه، لأَنَّ بَعْضَ الملك وَبَعْضَ الوَلاءِ لَيْسَ بِسَبَبِ أَصْلا فَكَانَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَالوَاحِدُ مِنْهُمَا كَنِصْفِ رَجُلٍ وَشَطْرِ عِلَّة.

قَال (وَمَن ضَرَبَ رَجُلا بِمَرٍّ فَقَتَلَهُ، فَإِن أَصَابَهُ بِالحَدِيدِ قُتِل بِهِ وَإِن أَصَابَهُ بِالعُودِ فَعَلَيهِ الدِّيَةُ) قَال رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ: وَهَذَا إِذَا أَصَابَهُ بِحَدِّ الحَدِيدِ لِوُجُودِ الجُرحِ فَكَمُل السَّبَبُ، وَإِن أَصَابَهُ بِظَهرِ الحَدِيدِ فَعِندَهُمَا يَجِبُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ اعتِبَارًا مِنهُ لِلآلَةِ، وَهُوَ الحَدِيدُ وَعَنهُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا جَرَحَ، وَهُوَ الأَصَحُّ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى، وَعَلى هَذَا الضَّربُ بِسِنجَاتِ المِيزَانِ؛ وَأَمَّا إِذَا ضَرَبَهُ بِالعُودِ فَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِوُجُودِ قَتل النَّفسِ المَعصُومَةِ وَامتِنَاعِ القِصَاصِ حَتَّى لا يُهدَرَ الدَّمُ، ثُمَّ قِيل: هُوَ بِمَنزِلَةِ العَصَا الكَبِيرَةِ فَيَكُونُ قَتلا بِالمُثقَل، وَفِيهِ خِلافُ أَبِي حَنِيفَةَ عَلى مَا نُبَيِّنُ، وَقِيل هُوَ بِمَنزِلَةِ السَّوطِ، وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ وَهِيَ مَسأَلَةُ المُوَالاةِ لهُ أَنَّ المُوَالاةَ فِي الضَّرَبَاتِ إِلى أَن مَاتَ دَلِيلُ العَمدِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ المُوجِبُ وَلنَا مَا رَوَينَا «أَلا إِنَّ قَتِيل خَطَإِ العَمدِ» وَيُروَى "شِبهِ العَمدِ" الحَدِيثَ وَلأَنَّ فِيهِ شُبهَةَ عَدَمِ العَمدِيَّةِ؛ لأَنَّ المُوَالاةَ قَد تُستَعمَلُ لِلتَّأدِيبِ أَو لعَلَّهُ اعتَرَاهُ القَصدُ فِي خِلال الضَّرَبَاتِ فَيَعرَى أَوَّلُ الفِعل عَنهُ وَعَسَاهُ أَصَابَ المَقتَل، وَالشُّبهَةُ دَارِئَةٌ لِلقَوَدِ فَوَجَبَت الدِّيَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلا بِمَرٍّ إلخ) وَاضِحٌ.

قَال (وَمَن غَرَّقَ صَبِيًّا أَو بَالغًا فِي البَحرِ فَلا قِصَاص) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَال: يُقتَصُّ مِنهُ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، غَيرَ أَنَّ عِندَهُمَا يُستَوفَى حَزًّا وَعِندَهُ يُغَرَّقُ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ لهُم قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن غَرَّقَ غَرَّقنَاهُ»[1] وَلأَنَّ الآلَةَ قَاتِلَةٌ فَاستِعمَالُهَا أَمَارَةُ العَمدِيَّةِ، وَلا مِرَاءَ فِي العِصمَةِ وَلهُ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَلا إِنَّ قَتِيل خَطَإِ العَمدِ قَتِيلُ السَّوطِ وَالعَصَا»[2] وَفِيهِ «وَفِي كُلِّ خَطَإٍ أَرشٌ»؛ لأَنَّ الآلَةَ غَيرُ مُعَدَّةٍ لِلقَتل، وَلا مُستَعمَلَةٌ فِيهِ لِتَعَذُّرِ استِعمَالِهِ فَتَمَكَّنَت شُبهَةُ عَدَمِ العَمدِيَّةِ وَلأَنَّ القِصَاصَ يُنبِئُ عَن

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٩٦).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩٨١)، والدارقطني (٣/١٠٦) رقم (٨٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (كتاب ٢٢، باب ٦ حديث ١).

المُمَاثَلَةِ، وَمِنهُ يُقَالُ: اقتَصَّ أَثَرَهُ، وَمِنهُ القُصَّةُ للجلمَينِ، وَلا تَمَاثُل بَينَ الجرحِ وَالدَّقِّ لقُصُورِ الثَّانِي عَن تَخريبِ الظَّاهِرِ، وَكَذَا لا يَتَمَاثَلانِ فِي حِكمَةِ الزَّجرِ؛ لأَنَّ القَتلَ بِالسِّلاحِ غَالبٌ وَبِالمُثقَلِ نَادِرٌ، وَمَا رَوَاهُ غَيرُ مَرفُوعٍ أَو هُوَ مَحمُولٌ عَلى السِّيَاسَةِ، وَقَد أَومَت إليهِ إضَافَتُهُ إلى نَفسهِ فِيهِ وَإذَا امتَنَعَ القِصَاصُ وَجَبَت الدِّيَةُ، وَهِيَ عَلى العَاقِلَةِ، وَقَد ذَكَرنَاهُ وَاختِلافُ الرِّوَايَتَينِ فِي الكَفَّارَةِ.

الشرح:

وَكَذَا قَوْلُهُ **وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا**) وَ (كَمَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ يُفْعَلُ بِهِ كَمَا فَعَلَ إنْ كَانَ فِعْلا مَشْرُوعًا. وَقَوْلُهُ (لَهُمْ) أَيْ لأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، لكِنَّ اسْتِدْلالَ الشَّافِعِيِّ بِالحَدِيثِ وَاسْتِدْلالَهُمَا بِالمَعْقُولِ. وَقَوْلُهُ (وَلا مِرَاءَ فِي العِصْمَةِ) أَيْ لا شَكَّ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (وَمِنْهُ المِقَصَّةُ للجَلَمَيْنِ) الجَلَمُ الَّذِي يُجَزُّ بِهِ وَهُمَا جَلَمَانِ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ) لأَنَّهُ يَلزَمُ عَلى قَوْلِهِ التَّحْرِيقُ بِالتَّحْرِيقِ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، قَالَ ﷺ «**لا تُعَذِّبُوا أَحَدًا بِعَذَابِ اللَّهِ**» (أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلى السِّيَاسَةِ وَقَدْ أَوْمَتْ) أَيْ أَشَارَتْ (إلَيْهِ) أَيْ إلى كَوْنِهِ مَحْمُولا عَلى السِّيَاسَةِ (إضَافَتُهُ إلى نَفْسِهِ) حَيْثُ قَال غَرَّقْنَا وَلَمْ يَقُل غَرِّقُوهُ.

وَقَوْلُهُ (وَاخْتِلافُ الرِّوَايَتَيْنِ) مَرْفُوعٌ عَلى الابْتِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (فِي الكَفَّارَةِ) خَبَرُهُ: يَعْنِي أَنَّ اخْتِلافَ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّمَا كَانَ فِي الكَفَّارَةِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنْ لا كَفَّارَةَ فِي شِبْهِ العَمْدِ، وَرَوَى الطَّحَاوِيُّ أَنَّ فِيهِ الكَفَّارَةَ عِنْدَهُ، وَأَمَّا الدِّيَةُ فَإِنَّهَا وَاجِبَةٌ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ.

قَال (وَمَن جَرَحَ رَجُلا عَمدًا فَلَم يَزَل صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيهِ القِصَاصُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَعَدَمِ مَا يُبطِلُ حُكمَهُ فِي الظَّاهِرِ فَأُضِيفَ إليهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِوُجُودِ السَّبَبِ) يَعْنِي سَفْكَ دَمٍ مَحْقُونٍ عَلى التَّأْبِيدِ عَمْدًا (وَعَدَمُ مَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ) يَعْنِي مِنْ عَفْوٍ أَوْ شُبْهَةٍ.

قَال (وَإِذَا التَقَى الصَّفَّانِ مِن المُسلِمِينَ وَالمُشرِكِينَ فَقَتَل مُسلِمٌ مُسلِمًا ظَنَّ أَنَّهُ مُشرِكٌ فَلا قَوَدَ عَليهِ وَعَليهِ الكَفَّارَةُ)؛ لأَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوعَي الخَطَإِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالخَطَأُ بِنَوعَيهِ لا يُوجِبُ القَوَدَ وَيُوجِبُ الكَفَّارَةَ، وَكَذَا الدِّيَةُ عَلى مَا نَطَقَ بِهِ نَصُّ الكِتَابِ «وَلَمَّا

اختَلفَت سُيُوفُ المُسلمِينَ على اليمَانِ أبِي حُذَيفَة قضَى رَسُولُ اللَّهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِالدِّيَة» قالُوا: إنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ إذَا كَانُوا مُختَلطِينَ، فَإن كَانَ فِي صَفِّ المُشرِكِينَ لا تَجِبُ لسُقُوطِ عِصمَتِهِ بِتَكثِيرِ سَوَادِهِم قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن كَثَّرَ سَوَادَ قَومٍ فَهُوَ مِنهُم».

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا **التقى الصَّفَّان**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (أَحَدُ نَوْعَيْ الخَطَأ) يُرِيدُ به الخَطَأَ في القَصْدِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الدِّيَةُ) مَنْصُوبٌ عَطْفًا عَلى الكَفَّارَة. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا نَطَقَ به النَّصُّ) يُرِيدُ به قَوْله تَعَالى ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ﴾ وَقَوْلُهُ (وَلَمَّا اخْتَلفَتْ سُيُوفُ المُسْلمِينَ) أَيْ تَوَالتْ رَوَى «أَنَّ سُيُوفَ المُسْلمِينَ تَوَالتْ عَلى اليَمَانِ أَبي حُذَيْفَةَ في بَعْضِ اللَّيَالِي فِي غَزْوَةِ الخَنْدَقِ فَقَتَلُوهُ عَلى ظَنٍّ أَنَّهُ مُشْرِكٌ فَقَضَى رَسُولُ اللَّه ﷺ بِالدِّيَة فَوَهَبَهَا لَهُمْ حُذَيْفَةُ».

قَال (وَمَن شَجَّ نَفسَهُ وَشَجَّهُ رَجُلٌ وَعَقَرَهُ أَسَدٌ وَأَصَابَتهُ حَيَّةٌ فَمَاتَ مِن ذَلكَ كُلِّهِ فَعَلى الأجنَبِيِّ ثُلثُ الدِّيَة)؛ لأنَّ فِعل الأسَدِ وَالحَيَّةِ جِنسٌ وَاحِدٌ لكَونِهِ هَدَرًا فِي الدُّنيَا وَالآخِرَةِ، وَفِعلُهُ بِنَفسِهِ هَدَرٌ فِي الدُّنيَا مُعتَبَرٌ فِي الآخِرَةِ حَتَّى يَأثَمَ عَليهِ وَفِي النَّوَادِرِ أَنَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَة وَمُحَمَّدٍ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَليهِ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يُغَسَّلُ وَلا يُصَلَّى عَليهِ وَفِي شَرحِ السِّيَرِ الكَبِيرِ ذَكَرَ فِي الصَّلاةِ عَليهِ اختِلافَ المَشَايِخِ عَلى مَا كَتَبنَاهُ فِي كِتَابِ التَّجنِيسِ وَالمَزِيدِ فَلم يَكُن هَدَرًا مُطلقًا وَكَانَ جِنسًا آخَرَ، وَفِعلُ الأجنَبِيِّ مُعتَبَرٌ فِي الدُّنيَا وَالآخِرَةِ فَصَارَت ثَلاثَة أَجنَاسٍ فَكَأَنَّ النَّفسَ تَلفَت بِثَلاثَة أَفعَالٍ فَيَكُونُ التَّالفُ بِفِعل كُلِّ وَاحِدٍ ثُلثَهُ فَيَجِبُ عَليهِ ثُلثُ الدِّيَة، وَاللَّهُ أَعلمُ بالصواب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ شَجَّ نَفْسَهُ**) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَفِعْلُهُ بِنَفْسه هَدَرٌ فِي الدُّنْيَا) يَعْنِي فَلمْ يَكُنْ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الضَّمَان لمَكَان الاسْتحَالة وَالتَّنَافِي. وَقَوْلُهُ (يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَليْه) أَثَرُ كَوْن فعْله غَيْرَ مُعْتَبَر لأَنَّهُ لمَّا كَانَ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَليْه صَارَ كَأَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفه بِمَرَضٍ منْ غَيْرِ علَّة في نَفْسه وَقَوْلُهُ (وَلا يُصَلَّى عَليْه) لأَنَّ جنَايَتَهُ عَلى نَفْسه مُعْتَبَرَةٌ فَصَارَ كَالبَاغِي. وَقَوْلُهُ (فَلمْ يَكُنْ هَدَرًا مُطْلقًا) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلهِ هَدَرٌ فِي الدُّنْيَا مُعْتَبَرٌ فِي الآخرَةِ وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

فصل

قَال (وَمَن شَهَرَ عَلى المُسلمِينَ سَيفًا فَعَليهِم أَن يَقتُلُوهُ) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن شَهَرَ عَلى المُسلمِينَ سَيفًا فَقَد أَطَلَّ دَمَهُ»[1] وَلأَنَّهُ بَاغٍ فَتَسقُطُ عِصمَتُهُ بِبَغيِهِ، وَلأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لدَفعِ القَتل عَن نَفسِهِ فَلهُ قَتلُهُ وَقَولُهُ فَعَليهِم وَقَولُ مُحَمَّدٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ فَحَقٌّ عَلى المُسلمِينَ أَن يَقتُلُوهُ إِشَارَةٌ إِلى الوُجُوبِ، وَالمَعنَى وُجُوبُ دَفعِ الضَّرَرِ وَفِي سَرِقَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَن شَهَرَ عَلى رَجُلٍ سِلاحًا ليلا أَو نَهَارًا أَو شَهَرَ عَليهِ عَصًا ليلا فِي مِصرٍ أَو نَهَارًا فِي طَرِيقٍ فِي غَيرِ مِصرٍ فَقَتَلهُ المَشهُورُ عَليهِ عَمدًا فَلا شَيءَ عَليهِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذَا؛ لأَنَّ السِّلاحَ لا يَلبَثُ فَيَحتَاجُ إِلى دَفعِهِ بِالقَتل وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ، وَإِن كَانَت تَلبَثُ وَلكِن فِي اللَّيل لا يَلحَقُهُ الغَوثُ فَيُضطَرُّ إِلى دَفعِهِ بِالقَتل، وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيرِ المِصرِ فِي الطَّرِيقِ لا يَلحَقُهُ الغَوثُ فَإِذَا قَتَلهُ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا قَالُوا: فَإِن كَانَ عَصًا لا تَلبَثُ يَحتَمِلُ أَن تَكُونَ مِثل السِّلاحِ عِندَهُمَا.

الشرح:

(فَصلٌ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ المَسَائِلِ الَّتِي تُوجِبُ القِصَاصَ أَلحَقَ بِهَا فَصْلا يَشْتَمِلُ عَلَى المَسَائِلِ الَّتِي لَهَا عَرْضِيَّةُ إِيجَابِ القِصَاصِ وَهِيَ كُلُّهَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أُطِلَّ دَمُهُ) أَيْ أُهْدِرَ، وَقَوْلُهُ (وَالمَعْنَى) أَيْ وَمَعْنَى الوُجُوبِ (دَفْعُ الضَّرَرِ) لأَنَّ الوَاجِبَ هُوَ دَفْعُ الشَّرِّ عَلى أَيِّ وَجْهٍ كَانَ لا عَيْنُ القَتْلِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ مِنْ الحَدِيثِ وَالمَعْقُولِ.

قَال (وَإِن شَهَرَ المَجنُونُ عَلى غَيرِهِ سِلاحًا فَقَتَلهُ المَشهُورُ عَليهِ عَمدًا فَعَليهِ الدِّيَةُ فِي مَالهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا شَيءَ عَليهِ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ الصَّبِيُّ وَالدَّابَّةُ وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَّابَّةِ وَلا يَجِبُ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ للشَّافِعِيِّ أَنَّهُ قَتَلهُ دَافِعًا عَن نَفسِهِ فَيُعتَبَرُ بِالبَالغِ الشَّاهِرِ، وَلأَنَّهُ يَصِيرُ مَحمُولا عَلى قَتلهِ بِفِعلهِ فَأَشبَهَ المُكرَهَ وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ فِعل الدَّابَّةِ غَيرُ مُعتَبَرٍ أَصلا حَتَّى لو تَحَقَّقَ لا يُوجِبُ الضَّمَانَ أَمَّا فِعلُهُمَا مُعتَبَرٌ فِي الجُملةِ حَتَّى لو حَقَّقنَاهُ يَجِبُ عَليهِمَا الضَّمَانُ، وَكَذَا عِصمَتُهُمَا لحَقِّهِمَا وَعِصمَةُ الدَّابَّةِ لحَقِّ مَالكِهَا فَكَانَ فِعلُهُمَا مُسقِطًا للعِصمَةِ دُونَ فِعل الدَّابَّةِ، وَلنَا أَنَّهُ قَتَل

---

(١) أخرجه النسائي (٤٠٩٧). وانظر نصب الراية (١٠٣/٥).

شَخصًا مَعصُومًا أَو أَتلفَ مَالا مَعصُومًا حقًّا للمَالكِ وَفِعلُ الدَّابَّةِ لا يَصلُحُ مُسقِطًا وَكَذَا فِعلُهُمَا، وَإِن كَانَت عِصمَتُهُمَا حَقَّهُمَا لعَدَمِ اختِيَارٍ صَحِيحٍ وَلهَذَا لا يَجِبُ القِصَاصُ بِتَحقُّقِ الفِعل مِنهُمَا، بِخِلافِ العَاقِلِ البَالغِ؛ لأَنَّ لهُ اختِيَارًا صَحِيحًا، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ القِصَاصُ لوُجُودِ المُبِيحِ وَهُوَ دَفعُ الشَّرِّ فَتَجِبُ الدِّيَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا الخِلافِ الصَّبِيُّ وَالدَّابَّةُ) يَعْنِي إذَا صَالا عَلى إنْسَانٍ فَقَتَلهُ المَصُولُ عَليْهِ عَمْدًا يَضْمَنُ الدِّيَةَ وَالقِيمَةَ. وَقَوْلُهُ (فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ) يَعْنِي أَنَّ المُكْرَهَ لمَّا صَارَ مَسْلُوبَ الاخْتِيَارِ مِنْ جِهَةِ المُكْرِهِ أُضِيفَ التَّلفُ إلى المُكْرِهِ فَكَذَلكَ المَصُولُ عَليْهِ وَقِيل مَعْنَاهُ فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ يَعُودُ عَلى المُكْرِهِ فَيَقْتُلُهُ.

قَال (وَمَن شَهَرَ عَلى غَيرِهِ سِلاحًا فِي المِصرِ فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلهُ الآخَرُ فَعَلى القَاتِلِ القِصَاصُ) مَعنَاهُ: إذَا ضَرَبَهُ فَانصَرَفَ؛ لأَنَّهُ خَرَجَ مِن أَن يَكُونَ مُحَارِبًا بِالانصِرَافِ فَعَادَت عِصمَتُهُ.

قَال (وَمَن دَخَل عَليهِ غَيرُهُ ليلا وَأَخرَجَ السَّرِقَةَ فَاتَّبَعَهُ وَقَتَلهُ فَلا شَيءَ عَليهِ) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «قَاتِل دُونَ مَالك» وَلأَنَّهُ يُبَاحُ لهُ القَتلُ دَفعًا فِي الابتِدَاءِ فَكَذَا استِردَادًا فِي الانتِهَاءِ، وَتَأوِيلُ المَسأَلةِ إذَا كَانَ لا يَتَمَكَّنُ مِن الاستِردَادِ إلا بِالقَتل، وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَاتِل دُونَ مَالك) أَيْ لأَجْل مَالك. وَقَوْلُهُ (فَكَذَا اسْتِرْدَادًا فِي الانْتِهَاءِ) لأَنَّهُ أَسْهَلُ مِنْ الابْتِدَاءِ، وَاللَّهُ أَعْلمُ.

باب القصاص فيما دون النفس

قَال: (وَمَن قَطَعَ يَدَ غَيرِهِ عَمدًا مِن المِفصَل قُطِعَت يَدُهُ وَإِن كَانَت يَدُهُ أَكبَرَ مِن اليَدِ المَقطُوعَةِ) لقَولهِ تَعَالى ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [المائدة: ٤٥] وَهُوَ يُنبِئُ عَن المُمَاثَلةِ، فَكُلُّ مَا أَمكَنَ رِعَايَتُهَا فِيهِ يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ وَمَا لا فَلا، وَقَد أَمكَنَ فِي القَطعِ مِن المِفصَل فَاعتُبِرَ، وَلا مُعتَبَرَ بِكِبَرِ اليَدِ وَصِغَرِهَا لأَنَّ مَنفَعَةَ اليَدِ لا تَختَلفُ بِذَلك، وَكَذَلكَ الرِّجلُ وَمَارِنُ الأَنفِ وَالأُذُنُ لإِمكَانِ رِعَايَةِ المُمَاثَلةِ.

الشرح:

(**بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفسِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ القِصَاصِ فِي النَّفْسِ أَتْبَعَهُ بِمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّبَعِ **وَهُوَ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ** وَكَلامُهُ وَاضِحٌ قَوْلُهُ (وَلا مُعْتَبَرَ بِكِبَرِ اليَدِ وَصِغَرِهَا) لأَنَّ مَنْفَعَةَ اليَدِ وَهُوَ البَطْشِ لا يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ وَلا تَرِدُ الشَّجَّةُ المُوضِحَةُ إِذَا أَخَذَتْ مَا بَيْنِ قَرْنَيْ المَشْجُوجِ وَلَمْ تَأْخُذْهُ مِنْ الشَّاجِّ لِكِبَرِ رَأْسِه فَإِنَّ الكِبَرَ قَدْ اُعْتُبِرَ وَخُيِّرَ المَشْجُوجِ بَيْنِ القِصَاصِ بِمِقْدَارِ شَجَّتِه وَبَيْنِ أَخْذِه أَرْشَ المُوضِحَة لأَنَّ المُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الشَّيْنُ، وَفِي الاقْتِصَاصِ بِمِقْدَارِهَا يَقِلُّ شَيْنُ الشَّاجِّ وَيَأْخُذُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْه بِالشَّجَّة زِيَادَةً عَلى حَقِّه فَانْتَفَى المُمَاثَلَةُ الوَاجِبَةُ فِي القِصَاصِ صُورَةً وَمَعْنًى، فَإِنْ شَاءَ اسْتَوْفَاهُ مَعْنًى وَهُوَ مِقْدَارُ شَجَّتِه وَيَتْرُكُ الصُّورَةَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْشَهَا.

قَالَ: (وَمَن ضَرَبَ عَينَ رَجُلٍ فَقَلَعهَا لا قِصَاصَ عَليهِ) لامتِنَاعِ المُمَاثَلَةِ فِي القَلعِ، وَإِن كَانَت قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوءُهَا فَعَلَيهِ القِصَاصُ لإِمكَانِ المُمَاثَلَةِ عَلى مَا قَال فِي الكِتَابِ: تُحمَى لهُ المِرآةُ وَيُجعَلُ عَلى وَجهِهِ قُطنٌ رَطبٌ وَتُقَابَلُ عَينُهُ بِالمِرآةِ فَيَذهَبُ ضَوءُهَا، وَهُوَ مَأثُورٌ عَن جَمَاعَةٍ مِن الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا **قَال فِي الكِتَاب**) يَعْنِي القُدُورِيَّ، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ الصَّحَابَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. رُوِيَ أَنَّ هَذَا حَدَثَ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ ﷺ فَسَأَل عَنْهُ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ فِيه شَيْءٌ حَتَّى جَاءَ عَلِيٌّ ﷺ فَقَضَى بِذَلِكَ وَعَمِل عَلَيْه عُثْمَانُ ﷺ وَكَانَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

قَال: (وَفِي السِّنِّ القِصَاصُ) لقَولِه تَعَالى ﴿ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ (وَإِن كَانَ سِنُّ مَن يُقتَصُّ مِنهُ أَكبَرَ مِن سِنِّ الآخَرِ) لأَنَّ مَنفَعَةَ السِّنِّ لا تَتَفَاوَتُ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ. قَال: (وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ تَتَحَقَّقُ فِيهَا المُمَاثَلَةُ القِصَاصُ) لِمَا تَلونَا. قَال (وَلا قِصَاصَ فِي عَظمٍ إلا فِي السِّنِّ) وَهَذَا اللَّفظُ مَروِيٌّ عَن عُمَرَ وَابنِ مَسعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا، وَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا قِصَاصَ فِي العَظمِ»[1] وَالمُرَادُ غَيرُ السِّنِّ، وَلأَنَّ اعتِبَارَ المُمَاثَلَةِ فِي غَيرِ السِّنِّ مُتَعَذِّرٌ لاحتِمَال الزِّيَادَةِ وَالنُّقصَانِ، بِخِلافِ السِّنِّ لأَنَّهُ يُبرَدُ بِالمِبرَدِ، وَلو قَلعَ مِن أَصلِه

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥/١٠٧): غريب.

يُقلعُ الثَّانِي فيَتَمَاثلانِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (لِمَا تَلوْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله تَعَالى ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ لِمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ إشَارَةٌ إلى قَوْلِه وَهُوَ يُنْبِئُ عَنْ الْمُمَاثَلة، وَقَوْلُهُ (**وَلا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إلا فِي السِّنِّ**، وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا) فَإِنْ كَانَ السِّنُّ عَظْمًا فَالاسْتِثْنَاءُ مُتَّصِلٌ وَلا بُدَّ مِنْ فَرْقٍ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا مِنْ العظَامِ وَهُوَ إمْكَانُ القِصَاصِ فِيهَا بِأَنْ يُبْرَدَ بِالمِبْرَدِ بِقَدْرِ مَا كُسِرَ مِنْهَا أَوْ إلى أَصْلِهَا إنْ قَلعَهَا وَلا يُقْلعُ لِتَعَذُّرِ الْمُمَاثَلة فَرُبَّمَا تَفْسُدُ بِه لِثَاتُهُ، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَظْمٍ كَمَا أَشَارَ إلَيْهِ قَوْلُهُ ﷺ «**لا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ**» حَيْثُ لَمْ يُسْتَثْنَ السِّنُّ فَالاسْتِثْنَاءُ مُنْقَطِعٌ.

وَقَدْ اخْتَلفَ الأَطِبَّاءُ فِي ذَلكَ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ طَرَفُ عَصَبٍ يَابِسٍ لأَنَّهُ يَحْدُثُ وَيَنْمُو بَعْدَ تَمَامِ الخِلقَة، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال هُوَ عَظْمٌ وَكَأَنَّهُ وَقَعَ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ عَظْمٌ حَتَّى قَال وَالْمُرَادُ مِنْهُ غَيْرُ السِّنِّ.

قَالَ: (وَليسَ فِيمَا دُونَ النَّفسِ شِبهُ عَمدٍ إنَّمَا هُوَ عَمدٌ أَو خَطأٌ) لأنَّ شِبهَ العَمدِ يَعُودُ إلى الآلةِ، وَالقَتلُ هُوَ الَّذِي يَختَلفُ بِاختِلافِهَا دُونَ مَا دُونَ النَّفسِ لأنَّهُ لا يَختَلفُ إتلافُهُ بِاختِلافِ الآلةِ فَلم يَبقَ إلا العَمدُ وَالخَطأُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ**) قَدْ ذَكَرَهُ مَرَّةً، لكِنَّهُ قَدْ ذَكَرَ هُنَاكَ أَنَّهُ عَمْدٌ وَهَاهُنَا أَنَّهُ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ فَيُحْمَلُ الأَوَّلُ عَلى أَنَّ الْمُرَادَ بِه إنْ أَمْكَنَ القِصَاصُ، وَذَلكَ لأَنَّ شِبْهَ العَمْد إذَا حَصَل فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَأَمْكَنَ القِصَاصُ جُعِل عَمْدًا. رُوِيَ «أَنَّ الرُّبَيِّعَ عَمَّةَ أَنَسِ بْنِ مَالكٍ ﷺ كَسَرَتْ ثَنِيَّةَ جَارِيَةٍ مِنْ الأَنْصَارِ بِلطْمَة فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالقِصَاصِ» وَاللَّطْمَةُ إذَا أَتَتْ عَلى النَّفْسِ لا تُوجِبُ القَوَدَ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ القِصَاصُ جُعِل خَطَأً وَوَجَبَ الأَرْشُ.

(وَلا قِصَاصَ بَينَ الرَّجُل وَالمَرأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفسِ، وَلا بَينَ الحُرِّ وَالعَبدِ، وَلا بَينَ العَبدَينِ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ فِي جَمِيعِ ذَلكَ إلا فِي الحُرِّ يَقطَعُ طَرَفَ العَبدِ. وَيُعتَبَرُ الأَطرَافُ بِالأَنفُسِ لكَونِهَا تَابِعَةً لهَا. وَلنَا أَنَّ الأَطرَافَ يُسلكُ بِهَا مَسلكُ الأَموَال فَيَنعَدِمُ

التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي القِيمَةِ، وَهُوَ مَعلُومٌ قَطعًا بِتَقويمِ الشَّرعِ فَأَمكَنَ اعتِبَارُهُ. بِخِلافِ التَّفَاوُتِ فِي البَطشِ لأَنَّهُ لا ضَابِطَ لهُ فَاعتُبِرَ أَصلُهُ، وَبِخِلافِ الأَنفُسِ لأَنَّ المُتلفَ إِزهَاقُ الرُّوحِ وَلا تَفَاوُتَ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إِلا فِي الحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ العَبْدِ) يَعْنِي لا يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِ عِنْدَهُ أَيْضًا، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخَذَ بِقَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلى وَسَلَكَا فِي البَابِ طَرِيقًا سَهْلا وَهُوَ اعْتِبَارُ الأَطْرَافِ بِالنُّفُوسِ لأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلنُّفُوسِ فَكَمَا يَجْرِي القِصَاصُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي النُّفُوسِ فَكَذَلِكَ فِي الأَطْرَافِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً لَهَا (وَلَنَا أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ فَيَنْعَدِمُ التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي القِيمَةِ وَهُوَ) أَيْ التَّفَاوُتُ (مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ) فَإِنَّ الشَّرْعَ قَوَّمَ اليَدَ الوَاحِدَةَ لِلحُرِّ بِخَمْسِمِائَةِ دِينَارٍ قَطْعًا وَيَقِينًا، وَلا تَبْلُغُ قِيمَةُ يَدِ العَبْدِ إِلى ذَلِكَ، فَإِنْ بَلَغَتْ كَانَ بِالحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلا تَكُونُ مُسَاوِيَةً لِيَدِ الحُرِّ يَقِينًا، فَإِذَا كَانَ التَّفَاوُتُ مَعْلُومًا قَطْعًا أَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ (بِخِلافِ التَّفَاوُتِ فِي البَطْشِ لأَنَّهُ لا ضَابِطَ لَهُ فَاعْتُبِرَ أَصْلُهُ) فَإِنْ قِيلَ: إِنْ اسْتَقَامَ فِي الحُرِّ وَالعَبْدِ لَمْ يَسْتَقِمْ بَيْنَ العَبْدَيْنِ لإِمْكَانِ التَّسَاوِي فِي قِيمَتِهِمَا بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّسَاوِيَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالحَزْرِ وَالظَّنِّ، وَالمُمَاثَلَةُ المَشْرُوطَةُ شَرْعًا لا تَثْبُتُ بِذَلِكَ كَالمُمَاثَلَةِ فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا. فَإِنْ قِيلَ: سَلَّمْنَا وُجُودَ التَّفَاوُتِ فِي البَدَلِ وَأَنَّهُ لا يَمْنَعُ الاسْتِيفَاءَ لَكِنَّ المَعْقُولَ مِنْهُ مَنْعُ اسْتِيفَاءِ الأَكْمَلِ بِالأَنْقَصِ دُونَ العَكْسِ فَإِنَّ الشَّلاءَ تُقْطَعُ بِالصَّحِيحَةِ وَأَنْتُمْ لا تَقْطَعُونَ يَدَ المَرْأَةِ بِيَدِ الرَّجُلِ. فَالجَوَابُ أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ لأَنَّهَا خُلِقَتْ وِقَايَةً لِلأَنْفُسِ كَالمَالِ، فَالوَاجِبُ أَنْ يُعْتَبَرَ التَّفَاوُتُ المَالِيُّ مَانِعًا مُطْلَقًا، وَالشَّلَلُ لَيْسَ مِنْهُ فَيُعْتَبَرُ مَانِعًا مِنْ جِهَةِ الأَكْمَلِ لأَنَّهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ تَفَاوُتًا مَالِيًّا يَنْبَغِي أَنْ لا يُعْتَبَرَ فِيمَا يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الأَمْوَالِ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُوجِبُ تَفَاوُتًا فِي المَنْفَعَةِ تَنْتَفِي بِهِ المُمَاثَلَةُ يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرَ، فَقُلْنَا: يُعْتَبَرُ مِنْ جِهَةِ الأَكْمَلِ لِئَلا يَلْزَمَ أَنْ يَكُونَ بَاذِلا لِلزِّيَادَةِ فِي الأَطْرَافِ، وَلا يُعْتَبَرُ مِنْ جِهَةِ الأَنْقَصِ لأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَالإِسْقَاطُ جَائِزٌ دُونَ البَدَلِ بِالأَطْرَافِ، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسلمِ وَالكَافِرِ) للتَّسَاوِي بَينَهُمَا فِي الأَرشِ.

قَالَ: (وَمَن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِن نِصفِ السَّاعِدِ أَو جَرَحَهُ جَائِفَۃً فَبَرَأَ مِنهَا فَلَا قِصَاصَ عَلَيهِ) لأَنَّهُ لا يُمكِنُ اعتِبَارُ المُمَاثَلَۃِ فِيهِ، إذ الأَوَّلُ كَسرُ العَظمِ وَلَا ضَابِطَ فِيهِ، وَكَذَا البُرءُ نَادِرٌ فَيُفضِي الثَّانِي إلى الهَلَاكِ ظَاهِرًا. قَالَ: (وَإِذَا كَانَت يَدُ المَقطُوعِ صَحِيحَۃً وَيَدُ القَاطِعِ شَلاءَ أَو نَاقِصَۃَ الأَصَابِعِ فَالمَقطُوعُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَۃَ وَلا شَيءَ لهُ غَيرُهَا وَإِن شَاءَ أَخَذَ الأَرشَ كَامِلا) لأَنَّ استِيفَاءَ الحَقِّ كَامِلا مُتَعَذِّرٌ فَلهُ أَن يَتَجَوَّزَ بِدُونِ حَقِّهِ وَلهُ أَن يَعدِلَ إلى العِوَضِ كَالمِثلِيِّ إذَا انصَرَمَ عَن أَيدِي النَّاسِ بَعدَ الإِتلافِ ثُمَّ إذَا استَوفَاهَا نَاقِصًا فَقَد رَضِيَ بِهِ فَيَسقُطُ حَقُّهُ كَمَا إذَا رَضِيَ بِالرَّدِيءِ مَكَانَ الجَيِّدِ (وَلو سَقَطَت المُؤنَۃُ قَبل اختِيَارِ المَجنِيِّ عَليهِ أَو قُطِعَت ظُلمًا فَلا شَيءَ لهُ) عِندَنَا لأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِي القِصَاصِ، وَإِنَّمَا يَنتَقِلُ إلى المَالِ بِاختِيَارِهِ فَيَسقُطُ بِفَوَاتِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا قُطِعَت بِحَقٍّ عَليهِ مِن قِصَاصٍ أَو سَرِقَۃٍ حَيثُ يَجِبُ عَلَيهِ الأَرشُ لأَنَّهُ أَوفَى بِهِ حَقًّا مُستَحَقًّا فَصَارَت سَالِمَۃً لهُ مَعنًى.

الشرح:

(قَال وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِي القِصَاصِ) لأَنَّهُ لوْ زَال الشَّللُ قَبْل أَنْ يُسْتَوْفَى الأَرْشُ لمْ يَكُنْ لهُ إلا القِصَاصُ، وَهَذَا عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الوَاجِبَ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ: إمَّا القِصَاصُ، أَوْ الأَرْشُ، فَإِذَا تَعَذَّرَ أَحَدُهُمَا لفَوَاتِ مَحَلِّه تَعَيَّنَ الآخَرُ.

قَالَ: (وَمَن شَجَّ رَجُلا فَاستَوعَبَت الشَّجَّۃُ مَا بَينَ قَرنَيهِ وَهِيَ لا تَستَوعِبُ مَا بَينَ قَرنَيِ الشَّاجِّ فَالمَشجُوجُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ اقتَصَّ بِمِقدَارِ شَجَّتِهِ يَبتَدِئُ مِن أَيِّ الجَانِبَينِ شَاءَ، وَإِن شَاءَ أَخَذَ الأَرشَ) لأَنَّ الشَّجَّۃَ مُوجِبَۃٌ لكَونِهَا مَشِينَۃً فَقَط فَيَزدَادُ الشَّينُ بِزِيَادَتِهَا، وَفِي استِيفَائِهِ مَا بَينَ قَرنَيِ الشَّاجِّ زِيَادَۃٌ عَلى مَا فَعَل، وَلا يَلحَقُهُ مِن الشَّينِ بِاستِيفَائِهِ قَدرَ حَقِّهِ مَا يَلحَقُ المَشجُوجَ فَيَنتَقِصُ فَيُخَيَّرُ كَمَا فِي الشَّلاءِ وَالصَّحِيحَۃِ، وَفِي عَكسِهِ يُخَيَّرُ أَيضًا لأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الاستِيفَاءُ كَامِلا للتَّعَدِّي إلى غَيرِ حَقِّهِ، وَكَذَا إذَا كَانَت الشَّجَّۃُ فِي طُولِ الرَّأسِ وَهِيَ تَأخُذُ مِن جَبهَتِهِ إلى قَفَاهُ وَلا تَبلُغُ إلى قَفَا الشَّاجِّ فَهُوَ بِالخِيَارِ لأَنَّ المَعنَى لا يَختَلفُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ شَجَّ رَجُلا**) قَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ وَيَدُ القَاطِعِ أَكْبَرُ مِنْ يَدِهِ فَلا حَاجَةَ إلى إعَادَتِه.

وَقَوْلُهُ (وَفِي عَكْسِهِ يُخَيَّرُ أَيْضًا) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَشْجُوجِ أَكْبَرَ مِنْ رَأْسِ الشَّاجِّ لأَنَّهُ إِنْ اسْتَوْفَى المَشْجُوجُ مِثْل حَقِّهِ مِسَاحَةً كَانَ أَزْيَدَ فِي الشَّيْنِ مِنْ الأَوَّل، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلى مَا يَكُونُ مِثْلُ الأَوَّل فِي الشَّيْنِ كَانَ دُونَ حَقِّهِ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الاقْتِصَاصِ وَأَخْذِ الأَرْشِ، وَالبَاقِي إلى آخرِهِ ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَلا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلا فِي الذَّكَرِ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ مِن أَصلِهِ يَجِبُ لأَنَّهُ يُمكِنُ اعتِبَارُ المُسَاوَاةِ. وَلَنَا أَنَّهُ يَنقَبِضُ وَيَنبَسِطُ فَلا يُمكِنُ اعتِبَارُ المُسَاوَاةِ (إلا أَن تُقطَعَ الحَشَفَةُ) لأَنَّ مَوضِعَ القَطعِ مَعلُومٌ كَالمَفصِلِ، وَلَو قَطَعَ بَعضَ الحَشَفَةِ أَو بَعضَ الذَّكَرِ فَلا قِصَاصَ فِيهِ لأَنَّ البَعضَ لا يُعلَمُ مِقدَارُهُ، بِخِلافِ الأُذُنِ إِذَا قُطِعَ كُلُّهُ أَو بَعضُهُ لأَنَّهُ لا يَنقَبِضُ وَلا يَنبَسِطُ وَلَهُ حَدٌّ يُعرَفُ فَيُمكِنُ اعتِبَارُ المُسَاوَاةِ، وَالشَّفَةُ إِذَا استَقصَاهَا بِالقَطعِ يَجِبُ القِصَاصُ لإِمكَانِ اعتِبَارِ المُسَاوَاةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قُطِعَ بَعضُهَا لأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اعتِبَارُهَا.

فصل

قَالَ: (وَإِذَا اصطَلَحَ القَاتِلُ وَأَولِيَاءُ القَتِيلِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ القِصَاصُ وَوَجَبَ المَالُ قَلِيلا كَانَ أَو كَثِيرًا) لِقَولِهِ تَعَالَى ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ ﴾ [البقرة: ١٧٨]، عَلَى مَا قِيلَ نَزَلَت الآيَةُ فِي الصُّلحِ. وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ»[(١)] الحَدِيثُ، وَالمُرَادُ وَاللَّهُ أَعلَمُ الأَخذُ بِالرِّضَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَهُوَ الصُّلحُ بِعَينِهِ، وَلأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلوَرَثَةِ يَجرِي فِيهِ الإِسقَاطُ عَفوًا فَكَذَا تَعوِيضًا لاشتِمَالِهِ عَلَى إِحسَانِ الأَولِيَاءِ وَإِحيَاءِ القَاتِلِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي. وَالقَلِيلُ وَالكَثِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ نَصٌّ مُقَدَّرٌ فَيُفَوَّضُ إِلى اصطِلاحِهِمَا كَالخُلعِ وَغَيرِهِ، وَإِن لَم يَذكُرُوا حَالا وَلا مُؤَجَّلا فَهُوَ حَالٌّ لأَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالعَقدِ، وَالأَصلُ فِي أَمثَالِهِ الحُلُولُ نَحوُ المَهرِ وَالثَّمَنِ، بِخِلافِ الدِّيَةِ لأَنَّهَا مَا وَجَبَت بِالعَقدِ.

---

(١) أخرجه البخاري في العلم باب ٣٩، ومسلم في الحج (٤٤٧، ٤٤٨).

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا كَانَ تَصَوُّرُ الصُّلحِ بَعْدَ تَصَوُّرِ الجِنَايَةِ وَمُوجَبِهَا أَتْبَعَهُ ذَلِكَ فِي فَصْلٍ عَلى حِدَة (إِذَا **اصْطَلَحَ القَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ المَقْتُول عَنْ القِصَاصِ عَلى مَالٍ** سَقَطَ القِصَاصُ وَوَجَبَ المَالُ المُسَمَّى قَلِيلا كَانَ أَوْ كَثِيرًا زَائِدًا عَلى مِقْدَارِ الدِّيَةِ لِقَوْلِه تَعَالى ﴿**فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ**﴾ الآيَةَ عَلى مَا قِيل إِنَّهَا نَزَلتْ فِي الصُّلحِ) وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَالحَسَنِ وَالضَّحَّاك وَمُجَاهِد وَهُوَ مُوَافِقٌ للأُمِّ، فَإِنْ عَفَا إِذَا اُسْتُعْمِل بِاللامِ كَانَ مَعْنَاهُ البَدَل: أَيْ فَمَنْ أُعْطِيَ مِنْ جِهَةِ أَخِيهِ المَقْتُول شَيْئًا مِنْ المَال بِطَرِيقِ الصُّلحِ فَاتِّبَاعٌ: أَيْ فَمَنْ أُعْطِيَ وَهُوَ وَلِيُّ القَتْل مُطَالبَةَ بَدَل الصُّلحِ عَنْ مُجَامَلةٍ وَحُسْنِ مُعَامَلة.

وَإِنَّمَا قَال عَلى مَا قِيل لأَنَّ أَكْثَرَ المُفَسِّرِينَ عَلى أَنَّهَا فِي عَفْوِ بَعْضِ الأَوْلِيَاءِ، وَيَدُلُّ عَليْهِ قَوْلُهُ شَيْءٌ فَإِنَّهُ يُرَادُ بِه البَعْضُ، وَتَقْرِيرُهُ فَمَنْ عُفِيَ عَنْهُ وَهُوَ القَاتِلُ مِنْ أَخِيه فِي الدِّينِ وَهُوَ المَقْتُولُ شَيْءٌ مِنْ القِصَاصِ بِأَنْ كَانَ للقَتِيل أَوْلِيَاءٌ فَعَفَا بَعْضُهُمْ فَقَدْ صَارَ نَصِيبُ البَاقِينَ مَالا وَهُوَ الدِّيَةُ عَلى حِصَصِهِمْ مِنْ المِيرَاث، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ مَسْعُود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَاتِّبَاعٌ بِالمَعْرُوف: أَيْ فَليَتَّبِعْ غَيْرُ العَافِي بِطَلبِ حِصَّتِه بِقَدْرِ حَقِّه، وَليُؤَدِّ القَاتِلُ إِليْه حَقَّهُ وَافِيًا مِنْ غَيْرِ نَقْصٍ، وَلِقَوْله ﷺ «**مَنْ قُتِل لهُ قَتِيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ: إِنْ شَاءُوا قَادُوا، وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ**» قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالمُرَادُ وَاَللَّهُ أَعْلمُ الأَخْذُ بِالرِّضَا عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي أَنَّهُ ليْسَ للوَلِيِّ العُدُولُ إِلى المَال إِلا بِرِضَا القَاتِل وَهُوَ الصُّلحُ بِعَيْنِه وَالبَاقِي ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (نَصٌّ مُقَدِّرٌ) بِكَسْرِ الدَّال. وَقَوْلُهُ (كَالخُلعِ وَغَيْرُهُ) يَعْنِي كَالإِعْتَاقِ عَلى مَال.

قَالَ: (وَإِن كَانَ القَاتِلُ حُرًّا وَعَبدًا فَأَمَرَ الحُرُّ وَمَولى العَبدِ رَجُلا بِأَن يُصَالِحَ عَن دَمِهِمَا عَلى أَلفِ دِرهَمٍ فَفَعَل فَالأَلفُ عَلى الحُرِّ وَالمَولى نِصفَانِ) لأَنَّ عَقدَ الصُّلحِ أُضِيفَ إِليهِمَا.

(وَإِذَا عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ مِن الدَّمِ أَو صَالحَ مِن نَصِيبِهِ عَلى عِوَضٍ سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ عَن القِصَاصِ وَكَانَ لهُم نَصِيبُهُم مِن الدِّيَةِ). وَأَصلُ هَذَا أَنَّ القِصَاصَ حَقٌّ جَمِيعِ الوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةَ خِلافًا لِمَالكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي الزَّوجَينِ. لهُمَا أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلافَةٌ وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ لانقِطَاعِهِ بِالمَوتِ، وَلنَا «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَمَرَ بِتَورِيثِ امرَأَةِ

أَشيَمَ الضِّبَابِيِّ مِن عقل زَوجِهَا أَشيَمَ»، وَلأنَّهُ حَقٌّ يَجرِي فِيهِ الإرثُ، حَتَّى أَنَّ مَن قُتِل وَلهُ ابنَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَن ابنِ كَانَ القِصَاصُ بَينَ الصُّلبِيِّ وَابنِ الابنِ فَيَثبُتُ لسَائِرِ الوَرَثَةِ، وَالزَّوجِيَّةُ تَبقَى بَعدَ المَوتِ حُكمًا فِي حَقِّ الإِرثِ أَو يَثبُتُ بَعدَ المَوتِ مُستَنِدًا إلى سَبَبِهِ وَهُوَ الجُرحُ، وَإِذَا ثَبَتَ لِلجَمِيعِ فَكُلٌّ مِنهُم يَتَمَكَّنُ مِن الاستِيفَاءِ وَالإِسقَاطِ عَفوًا وَصُلحًا وَمِن ضَرُورَةِ سُقُوطِ حَقِّ البَعضِ فِي القِصَاصِ سُقُوطُ حَقِّ البَاقِينَ فِيهِ، لأنَّهُ لا يَتَجَزَّأ، بِخِلافِ مَا إِذَا قُتِل رَجُلينِ وَعفَا أَحَدُ الوَليَّينِ لأنَّ الوَاجِبَ هُنَاكَ قِصَاصَانِ مِن غَيرِ شُبهَةٍ لاختِلافِ القَتلِ وَالمَقتُول وَهَاهُنَا وَاحِدٌ لاتِّحَادِهِمَا، وَإِذَا سَقَطَ القِصَاصُ يَنقَلِبُ نَصِيبُ البَاقِينَ مَالا لأنَّهُ امتَنَعَ لِمَعنًى رَاجِعٍ إلى القَاتِلِ، وَلَيسَ لِلعَافِي شَيءٌ مِن المَال لأنَّهُ أَسقَطَ حَقَّهُ بِفِعلِهِ وَرِضَاهُ، ثُمَّ يَجِبُ مَا يَجِبُ مِن المَال فِي ثَلاثِ سِنِينَ وَقَال زُفَرُ: يَجِبُ فِي سَنَتَينِ فِيمَا إِذَا كَانَ بَينَ الشَّرِيكَينِ وَعَفَا أَحَدُهُمَا، لأنَّ الوَاجِبَ نِصفُ الدِّيَةِ فَيُعتَبَرُ بِمَا إِذَا قُطِعَت يَدُهُ خَطَأً. وَلنَا أَنَّ هَذَا بَعضُ بَدَل الدَّمِ وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إلى ثَلاثِ سِنِينَ فَكَذَلكَ بَعضُهُ، وَالوَاجِبُ فِي اليَدِ كُلُّ بَدَل الطَّرَفِ وَهُوَ فِي سَنَتَينِ فِي الشَّرعِ وَيَجِبُ فِي مَالِهِ لأنَّهُ عَمدٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (خلافًا لِمَالك وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي الزَّوْجَيْنِ) قَال فِي النِّهَايَة: هَذَا اللَّفْظُ كَمَا تَرَى يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ لَيْسَ للزَّوْجَيْنِ حَقٌّ فِي القصَاصِ وَالدِّيَة جَميعًا عِنْدَهُمَا. وَنُقل عَنْ المَبْسُوط وَالإيضَاحِ وَالأَسْرَارِ مَا يَدُلُّ عَلى خلاف مَالك فِي الدِّيَة خَاصَّةً وَأَنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ: النِّسَاءُ لا تَسْتَوْفِي القِصَاصَ وَلَهُنَّ حَقُّ العَفْو.

ثُمَّ قَال: وَبِهَذَا يُعْلَمُ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب مِنْ أَنَّهُ لا حَظَّ للزَّوْجَيْنِ فِي القصَاصِ وَالدِّيَة عِنْدَ مَالك وَالشَّافِعِيِّ مُخَالفٌ لروَايَة المَبْسُوط وَالإيضَاحِ وَالأَسْرَار، وَهُوَ مُؤَاخَذَةٌ ضَعِيفَةٌ لأَنَّهُ لا يَلزَمُ مِنْ المُخَالفَة لَهَا عَدَمُ صِحَّة مَا نَقَلَهُ، وَالمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِهِمَا مَا نَقَلَهُ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلافَةٌ) يَسْتَلزِمُ عَدَمَ تَوْرِيث أَحَد الزَّوْجَيْنِ مِنْ الآخَرِ شَيْئًا وَهُوَ بَاطلٌ، وَلَكنْ يُحْمَلُ عَلى أَنَّ مَعْنَاهُ الوِرَاثَةُ فِيمَا يَجبُ بَعْدَ المَوْت خلافًا وَهِيَ فِيه بِالنَّسَب لا السَّبَب لانْقطَاعه بِالمَوْت وَالقصَاصُ وَالدِّيَةُ إِنَّمَا يَجبَان بَعْدَ المَوْت.

وَقُلنَا: إنَّهُ فَاسدٌ بِالنَّقْل وَالعَقْل، أَمَّا الأَوَّلُ فَحَديثُ امْرَأَة أَشْيَمَ الضِّبَابِيِّ بِكَسْرِ

الضَّاد المُعْجَمَة كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب، وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهُمَا مَوْرُوثَان كَسَائِرِ الأَمْوَال بالاتِّفَاق، فَيَجبُ أَنْ يَكُونَا فِي حَقِّ الزَّوْجَيْنِ كَذَلِكَ لأَنَّ وُجُوبَهُمَا أَوَّلا للمَيِّت ثُمَّ يَثْبُتُ للوَرَثَة وَلا يَقَعُ للمَيِّت إلا بِأَنْ يُسْنَدَ الوُجُوبُ إلى سَبَبه وَهُوَ الجَرْحُ فكَانَا كَسَائِرِ الأَمْوَال فِي ثُبُوتِهِمَا قَبْلَ المَوْتِ أَلا تَرَى أَنَّهُ إذَا أَوْصَى بثُلُث مَاله دَخلَتْ ديَتُهُ فيهَا وَتُقْضَى منْهُ دُيُونُهُ. وَكَانَ عَليٌّ ﷺ يَقْسمُ الدِّيَةَ عَلى مَنْ أَحْرَزَ المِيرَاثَ وَكَفَى به قُدْوَةً، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلكَ فَكُلٌّ منْهُمْ يَتَمَكَّنُ منَ الاسْتيفَاء وَالعَفْوِ وَالبَاقِي وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الوَاجبَ نصْفُ الدِّيَة) يَعْنِي بالعَفْوِ فَيَكُونُ فِي السَّنَة الأُولى الثُّلُثُ وَفِي الثَّانيَة السُّدُسُ كَمَا إذَا قَطَعَ يَدَ إنْسَان خطَأً. وَقُلنَا: الوَاجبُ بَعْضُ بَدَل الدَّمِ لا بَدَل الجُزْء، وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إلى ثَلاث سنِينَ، فَكَذَا بَعْضُهُ كَالأَلف المُؤَجَّلَة إلى ثَلاث سنِينَ، فَإِنَّ كُلَّ درْهَمٍ منْهَا كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ (وَالوَاجبُ فِي اليَد) جَوَابُ اعْتبَارِه وَهُوَ وَاضحٌ.

قَال: (وَإِذَا قَتَل جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمدًا أُقْتُصَّ مِن جَمِيعِهِم) لقَول عُمَرَ ﷺ فِيهِ: لو تَمَالأَ عليهِ أَهلُ صَنعَاءَ لقَتَلتُهُم، وَلأَنَّ القَتل بطَرِيقِ التَّغَالُبِ غَالِبٌ، وَالقِصَاصُ مَزجَرَةٌ للسُّفَهَاءِ فَيَجِبُ تَحقِيقًا لحِكمَةِ الإِحيَاءِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَتَل جَمَاعَةٌ وَاحدًا إلخ) إذَا تَعَدَّدَ القَاتلُ أُقْتُصَّ منْ جَميعهِمْ، وَالقيَاسُ لا يَقْتَضيه لانْتفَاء المُسَاوَاة، لكنَّهُ تَرْكٌ بِمَا رُوِيَ أَنَّ سَبْعَةً منْ أَهْل صَنْعَاءَ قَتَلُوا رَجُلا فَقضَى عُمَرُ ﷺ بالقصَاص عَلَيْهِمْ وَقَال: لوْ تَمَالأَ عَلَيْه أَهْلُ صَنْعَاءَ لقَتَلتهمْ. وَالتَّمَالُؤُ التَّعَاوُنُ، وَصَنْعَاءُ اليَمَنِ: قَصَبَتُهَا. وَرُوِيَ عَنْ عَليٍّ ﷺ أَنَّهُ قَتَل ثَلاثَةً بوَاحد. وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَتَل جَمَاعَةً بوَاحد، وَكَانَتْ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مُتَوَافرِينَ وَلَمْ يُنْكرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الإِجْمَاع، وَلأَنَّ القَتْل بطَرِيقِ التَّغَالُب غَالبٌ فَإِنَّ القَتْل بغَيْرِ حَقٍّ لا يَتَحَقَّقُ غَالبًا إلا بالاجْتمَاع، لأَنَّ الوَاحدَ يُقَاوِمُ الوَاحدَ، وَمَا غَلبَ وُقُوعُهُ منَ الفَسَاد يُوجبُ مَزْجَرَةً فَيَجبُ القصَاصُ تَحْقيقًا لحكْمَة الإحْيَاء، فَإِنَّهُ لوْ لَمْ يَجبْ لَمَا عَجزَ المُفْسدُ عَنْ أَنْ يَجْمَعَ عَلَيْه أَمْثَالهُ وَيَقْتُل لعلمه أَنْ لا قصَاصَ فَيُؤَدِّيَ إلى سَدِّ بَاب القصَاص.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: مَا ذَكَرْتُمْ منَ المَعْقُول إنْ لَمْ يَكُنْ قيَاسًا عَلى مُجْمَعٍ عَلَيْه لا

يَكُونُ مُعْتَبَرًا فِي الشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَ فَلا يَرْبُو عَلى القِيَاسِ المُقْتَضِي لِعَدَمِه المُؤَيَّد بِقَوْله تَعَالى ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] وَالجَوَابُ أَنَّهُ قِيَاسٌ عَلى سَائِرِ أَبْوَابِ العُقُوبَاتِ المُتَرَتِّبَةِ عَلى مَا يُوجِبُ الفَسَادَ مِنْ أَفْعَالِ العِبَادِ، وَيَرْبُو عَلى ذَلِكَ بِقُوَّةِ أَثَرِه البَاطِنِ وَهُوَ إِحْيَاءُ حِكْمَةِ الإِحْيَاءِ. وقَوْله تَعَالى ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ لا يُنَافيه لأَنَّهُمْ فِي إِزْهَاقِ الرُّوحِ الغَيْرِ المُتَجَزِّئِ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَإِذَا كَانَتْ المَسْأَلَةُ بِالعَكْسِ وَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ المَقْتُولِينَ قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

(وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أَولِيَاءُ المَقتُولِينَ قُتِلَ لِجَمَاعَتِهِم وَلا شَيءَ لَهُم غَيرُ ذَلكَ، فَإِن حَضَرَ وَاحِدٌ مِنهُم قُتِلَ لهُ وَسَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقتَلُ بِالأَوَّلِ مِنهُم وَيَجِبُ للبَاقِينَ المَالُ، وَإِن اجتَمَعُوا وَلَم يُعرَف الأَوَّلُ قُتِلَ لهُم وَقُسِمَت الدِّيَاتُ بَينَهُم، وَقِيلَ يُقرَعُ بَينَهُم فَيُقتَلُ لِمَن خَرَجَت قُرعَتُهُ. لهُ أَنَّ المَوجُودَ مِن الوَاحِدِ قِتلاتٌ وَالَّذِي تَحَقَّقَ فِي حَقِّهِ قَتلُ وَاحِدٍ فَلا تَمَاثُل، وَهُوَ القِيَاسُ فِي الفَصل الأَوَّل، إلا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرعِ. وَلنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُم قَاتِلٌ بِوَصفِ الكَمَال فَجَاءَ التَّمَاثُلُ أَصلُهُ الفَصلُ الأَوَّلُ، إذ لو لم يَكُن كَذَلكَ لَمَا وَجَبَ القِصَاصُ، وَلأَنَّهُ وُجِدَ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم جُرحٌ صَالحٌ للإِزهَاقِ فَيُضَافُ إلى كُلٍّ مِنهُم إذ هُوَ لا يَتَجزَّأ، وَلأَنَّ القِصَاصَ شُرِعَ مَعَ المُنَافِي لِتَحقِيقِ الإِحيَاءِ وَقَد حَصَلَ بِقَتلهِ فَاكتَفَى بِهِ.

الشرح:

(وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقْتَلُ بِالأَوَّل مِنْهُمْ وَيَجِبُ المَالُ لِلبَاقِينَ) يَعْنِي أَنَّ قَتْلَهُمْ عَلى التَّعَاقُبِ، وَإِنْ قَتَلَهُمْ جُمْلَةً أَوْ جُهِلَ الأَوَّلُ قُتِلَ بِهِمْ وَقُسِمَ الدِّيَاتُ بَيْنَهُمْ أَوْ يُقْرَعُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ القِيَاسُ فِي الفَصْل الأَوَّل) وَهُوَ مَا إِذَا **قَتَل جَمَاعَةٌ وَاحِدًا** (إلا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرْعِ) يُرِيدُ قَضِيَّةَ عُمَرَ ﷺ (وَلنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنْهُمْ) أَيْ مِنْ أَوْلِيَاءِ القَتْلى (قَاتِلٌ قِصَاصًا بِوَصْف الكَمَال لأَنَّهُ لا يَتَجزَّأُ أَصْلُهُ الفَصْلُ الأَوَّلُ) فَإِنَّ الجَمَاعَةَ تُقْتَلُ بِالوَاحِدِ اتِّفَاقًا، وَلوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُمَاثَلَةٌ لَمَا جَازَ ذَلِكَ، وَإِذَا كَانَتْ الجَمَاعَةُ مَثَلا لِلوَاحِد كَانَ العَكْسُ كَذَلِكَ، لأَنَّ المُمَاثَلةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ إِنَّمَا تَكُونُ مِنْ الجَانِبَيْنِ.

قَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ وُجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ إلخ) يَعْنِي أَنَّ القَتْل جُرْحٌ صَالحٌ لإِزْهَاقِ الرُّوحِ وَقَدْ وُجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، بِحَيْثُ إِنَّهُ لوْ انْفَرَدَ عَنْ البَاقِينَ كَانَ

قَاتِلا بِصِفَةِ الكَمَالِ، وَالْحُكْمُ إِذَا حَصَلَ عَقِيبَ عِلَلٍ لا بُدَّ مِنْ الإِضَافَةِ إِلَيْهَا، فَإِمَّا أَنْ يُضَافَ إِلَيْهَا تَوْزِيعًا أَوْ كَمَلا، وَالأَوَّلُ بَاطِلٌ لِعَدَمِ التَّجَزُّؤِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي، وَلِهَذَا إِذَا **حَلَفَ جَمَاعَةٌ كُلٌّ مِنْهُمْ أَنْ لا يَقْتُلَ فُلانًا فَاجْتَمَعُوا عَلَى قَتْلِهِ** حَنِثُوا (وَلأَنَّ القِصَاصَ شُرِعَ مَعَ الْمُنَافِي) وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ **«الآدَمِيُّ بُنْيَانُ الرَّبِّ، مَلْعُونٌ مَنْ هَدَمَ بُنْيَانَ الرَّبِّ»** (لِتَحْقِيقِ الإِحْيَاءِ وَتَحْقِيقُ الإِحْيَاءِ قَدْ حَصَلَ بِقَتْلِهِ) أَيْ بِقَتْلِ القَاتِلِ (فَاكْتَفَى بِهِ) وَلا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرَ ذَلِكَ.

قَال: (وَمَن وَجَبَ عَليهِ القِصَاصُ إِذَا مَاتَ سَقَطَ القِصَاصُ) لِفَوَاتِ مَحِلِّ الاستِيفَاءِ فَأَشبَهَ مَوتَ العَبدِ الجَانِي، وَيَتَأَتَّى فِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ إِذ الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا عِندَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ) ظَاهِرٌ.

قَال (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَلا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنهُمَا وَعَليهِمَا نِصفُ الدِّيَةِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تُقطَعُ يَدَاهُمَا، وَالمُفرِضُ إِذَا أَخَذَ سِكِّينًا وَأَمَرَّهُ عَلى يَدِهِ حَتَّى انقَطَعَت لهُ الاعتِبَارُ بِالأَنفُسِ، وَالأَيدِي تَابِعَةٌ لهَا فَأَخَذَت حُكمَهَا، أَو يَجمَعُ بَينَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجرِ. وَلنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا قَاطِعٌ بَعضَ اليَدِ، لأَنَّ الانقِطَاعَ حَصَل بِاعتِمَادِيهِمَا وَالمَحَلُّ مُتَجَزِّئٌ فَيُضَافُ إِلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا البَعضُ فَلا مُمَاثَلَةَ، بِخِلافِ النَّفسِ لأَنَّ الانزِهَاقَ لا يَتَجَزَّأُ، وَلأَنَّ القَتل بِطَرِيقِ الاجتِمَاعِ غَالِبٌ حِذَارِ الغَوثِ، وَالاجتِمَاعُ عَلى قَطعِ اليَدِ مِن المِفصَل فِي حَيِّزِ النُّدرَةِ لافتِقَارِهِ إِلى مُقَدِّمَاتٍ بَطِيئَةٍ فَيَلحَقُهُ الغَوثُ. قَال (وَعَليهِمَا نِصفُ الدِّيَةِ) لأَنَّهُ دِيَةُ اليَدِ الوَاحِدَةِ وَهُمَا قَطَعَاهَا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ إلخ) تَعَدُّدُ الجَانِي فِي الأَطْرَافِ لَيْسَ كَتَعَدُّدِهِ فِي النَّفْسِ عِنْدَنَا، فَإِذَا قَطَعَ يَدًا فَلا قِصَاصَ أَصْلا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ وَضَعَ أَحَدُهُمَا السِّكِّينَ مِنْ جَانِبٍ وَالآخَرُ مِنْ آخَرَ وَأَمَرَّا حَتَّى التَقَى السِّكِّينَانِ فَالحُكْمُ كَذَلِكَ، لأَنَّ كُلا مِنْهُمَا لَمْ يَقْطَعْ إِلا بَعْضَ اليَدِ فَلا يُقْطَعُ بِهِ كُلُّ يَدِهِ، وَإِنْ أَخَذَا سِكِّينًا وَأَمَرَّاهَا عَلَى يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ قُطِعَتْ أَيْدِيهِمَا اعْتِبَارًا بِالأَنْفُسِ، إِمَّا لِكَوْنِهَا تَابِعَةً لَهَا، وَإِمَّا أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجْرِ.

وَلَنا أَنَّ كُلا مِنْهُمَا قَاطِعٌ بَعْضَ الْيَدِ سَوَاءٌ كَانَ الْمَحَلُّ مُتَّحِدًا أَوْ مُخْتَلِفًا، لأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مَا انْقَطَعَ بِفِعْلِ أَحَدِهِمَا لَمْ يَنْقَطِعْ بِفِعْلِ الآخَرِ، **وَقَاطِعُ بَعْضِ الْيَدِ** لا يُقْطَعُ كُلُّ يَدِهِ قِصَاصًا لانْتِفَاءِ الْمُمَاثَلَة، وَهَذَا لأَنَّ الْمَحَلَّ مُتَجَزِّئٌ فَإِنَّ قَطْعَ بَعْضٍ وَتَرْكَ بَعْضٍ مُتَصَوَّرٌ فَلا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ فَاعِلا كَمَلا، بِخِلافِ النَّفْسِ فَإِنَّ الانْزِهَاقَ لا يَتَجَزَّأُ وَقَدْ مَرَّ، وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَإِن قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَي رَجُلَينِ فَحَضَرَا فَلَهُمَا أَن يَقطَعَا يَدَهُ وَيَأخُذَا مِنهُ نِصفَ الدِّيَةِ يَقسِمَانِهِ نِصفَينِ سَوَاءٌ قَطَعَهُمَا مَعًا أَو عَلَى التَّعَاقُبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي التَّعَاقُبِ يُقطَعُ بِالأَوَّلِ، وَفِي القِرَانِ يُقرَعُ لأَنَّ اليَدَ استَحَقَّهَا الأَوَّلُ فَلا يَثبُتُ الاستِحقَاقُ فِيهَا لِلثَّانِي كَالرَّهنِ بَعدَ الرَّهنِ، وَفِي القِرَانِ اليَدُ الوَاحِدَةُ لا تَفِي بِالحَقَّينِ فَتُرَجَّحُ بِالقُرعَةِ. وَلنَا أَنَّهُمَا استَوَيَا فِي سَبَبِ الاستِحقَاقِ فَيَستَوِيَانِ فِي حُكمِهِ كَالغَرِيمَينِ فِي التَّرِكَةِ، وَالقِصَاصُ مِلكُ الفِعلِ يَثبُتُ مَعَ المُنَافِي فَلا يَظهَرُ إلا فِي حَقِّ الاستِيفَاءِ. أَمَّا المَحِلُّ فَخُلُوٌّ عَنهُ فَلا يَمنَعُ ثُبُوتَ الثَّانِي، بِخِلافِ الرَّهنِ لأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فِي المَحَلِّ. فَصَارَ كَمَا إذَا قَطَعَ العَبدُ يَمِينَيهِمَا عَلَى التَّعَاقُبِ فَتُستَحَقُّ رَقَبَتُهُ لَهُمَا، وَإِن حَضَرَ وَاحِدٌ مِنهُمَا فَقَطَعَ يَدَهُ فَلِلآخَرِ عَلَيهِ نِصفُ الدِّيَةِ، لأَنَّ لِلحَاضِرِ أَن يَستَوفِيَ لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَتَرَدُّدِ حَقِّ الغَائِبِ، وَإِذَا استَوفَى لَم يَبقَ مَحِلُّ الاستِيفَاءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ الآخَرِ فِي الدِّيَةِ لأَنَّهُ أَوفَى بِهِ حَقًّا مُستَحَقًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ) قَيَّدَ بِذَلِكَ، لأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ يَمِينَ أَحَدِهِمَا وَيَسَارَ الآخَرِ قُطِعَتْ يَدَاهُ. لا يُقَالُ: تَنْتَفِي الْمُمَاثَلَةُ حِينَئِذٍ، لأَنَّهُ مَا فَوَّتَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنْسَ الْمَنْفَعَةِ وَهُوَ فَوَّتَاهُ عَلَيْهِ، لأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مَا اسْتَوْفَاهُ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَلا زِيَادَةَ عَلَى حَقِّهِ. قَوْلُهُ (وَالْقِصَاصُ مِلْكُ الْفِعْلِ ثَبَتَ مَعَ الْمُنَافِي) يَعْنِي لأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ حُرٌّ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّ الْيَدَ اسْتَحَقَّهَا الأَوَّلُ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الْقِصَاصَ مِلْكُ الْفِعْلِ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الاسْتِيفَاءِ فَلا يَتَعَدَّى إلَى شَغْلِ الْمَحَلِّ الْخَالِي بِتَجْزِئَتِهِ عَنْهُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَحَلُّ مَشْغُولا لَمْ يَمْنَعْ عَنْ ثُبُوتِ الثَّانِي، بِخِلافِ الرَّهْنِ لأَنَّ الْحَقَّ فِي الْمَحَلِّ لِكَوْنِهِ مَمْلُوكًا. وَقَوْلُهُ (وَلِتَرَدُّدِ حَقِّ الآخَرِ) يَعْنِي أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ فِي الْيَدِ وَمُزَاحَمَةُ الآخَرِ لَهُ فِي الاسْتِيفَاءِ مَوْهُومَةٌ عَسَى أَنْ يَعْفُوَ أَوْ لا

يَحْضُرَ فَلا يُؤَخَّرُ المَعْلُومُ للمَوْهُومِ كَأَحَدِ الشَّفيعَيْنِ إذَا ادَّعَى الشُّفْعَةَ وَالآخَرُ غَائِبٌ يُقْضَى بالجَميعِ لهُ كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا) يَعْنِي أَنَّهُ إذَا قُضِيَ بِجَميعِ طَرَفِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَيُقْضَى للآخَرِ بالأَرْشِ.

قَال: (وَإِذَا أَقرَّ العَبدُ بِقَتل العَمدِ لزِمَهُ القَوَدُ) وَقَال زُفَرُ: لا يَصِحُّ إقرَارُهُ لأَنَّهُ يُلاقِي حَقَّ المَولى بالإِبطَال فَصَارَ كَمَا إذَا أَقرَّ بالمَال. وَلنَا أَنَّهُ غَيرُ مُتَّهَمٍ فِيهِ لأَنَّهُ مُضِرٌّ بِهِ فَيُقبَلُ، وَلأَنَّ العَبدَ مُبقَى عَلى أَصل الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ عَمَلا بالآدَمِيَّةِ حَتَّى لا يَصِحَّ إقرَارُ المَولى عَليهِ بِالحَدِّ وَالقِصَاصِ، وَبُطلانُ حَقِّ المَولى بطَرِيقِ الضِّمنِ فَلا يُبَالى بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا **أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ** لزِمَهُ القَوَدُ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بالعَمْدِ لأَنَّهُ لوْ أَقَرَّ بالخَطَأِ لا يَجُوزُ سَوَاءٌ كَانَ مَأْذُونًا أَوْ مَحْجُورًا، أَمَّا المَحْجُورُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا المَأْذُونُ فَلأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ التِّجَارَةِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لا يَصِحَّ إقْرَارُ المَوْلى عَلَيْهِ بالحَدِّ وَالقِصَاصِ) تَوْضِيحٌ لبَقَائِه عَلَى الحُرِّيَّةِ، وَكُلُّ مَا لا يَصِحُّ إقْرَارُ المَوْلَى عَلَى العَبْدِ فيه فَهُوَ فيه بمَنْزِلة الحُرِّ، وَلهَذَا وَقَعَ طَلاقُ زَوْجَته بالإِقْرَارِ لوُقُوعه بالإِيقَاعِ، وَإِذَا أَقَرَّ بِسَبَبٍ يُوجِبُ الحَدَّ يُؤْخَذُ به.

(وَمَن رَمَى رَجُلا عَمدًا فَنَفَذَ السَّهمُ مِنهُ إلى آخَرَ فَمَاتَا فَعَليهِ القِصَاصُ للأَوَّل وَالدِّيَةُ للثَّانِي عَلَى عَاقِلتِهِ) لأَنَّ الأَوَّل عَمدٌ وَالثَّانِي أَحَدُ نَوعَي الخَطَإِ، كَأَنَّهُ رَمَى إلى صَيدٍ فَأَصَابَ آدَمِيًّا وَالفِعلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الأَثَرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّد الأَثَرِ) قيل: فَإِنَّ الرَّمْيَ إذَا أَصَابَ حَيَوَانًا وَمَزَّقَ جِلدَهُ سُمِّيَ جَرْحًا، وَإِنْ قَتَلهُ سُمِّيَ قَتْلا، وَإِنْ أَصَابَ الكُوزَ وَكَسَرَهُ سُمِّيَ كَسْرًا، فَكَذَلكَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بالنِّسْبَةِ إلى مَحَلٍّ عَمْدًا وَبالنِّسْبَة إلى آخَرَ خَطَأً، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ ذَلكَ تَسْمِيَةُ الفِعْل الوَاحِد بأَسَامٍ مُخْتَلفَة بالنِّسْبَة إلى المَحَالِّ وَلا نزَاعَ فيه، وَإِنَّمَا الكَلامُ في أَنْ يَتَعَدَّدَ الفِعْلُ الوَاحِدُ فَيَصيرُ فعْلَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: مَعْنَاهُ أَنَّ الفعْل يُوصَفُ بوَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ بالنِّسْبَة إلى أَمْرَيْنِ، كَالحَرَكَة مَثَلا فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تُوصَفَ بالسُّرْعَة بالنِّسْبَة إلى حَرَكَةٍ وَبالبُطْءِ بالنِّسْبَة إلى أُخْرَى، فَكَذَا هَذَا الفعْلُ يُوصَفُ بالعَمْد نَظَرًا إلى قَصْده بالنِّسْبَة إلى الشَّخْصِ الأَوَّل وَبالخَطَأِ نَظَرًا إلى عَدَمه بالنِّسْبَة إلى الثَّاني.

وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: الخَطَأُ يَسْتَلزِمُ إبَاحَةً لِكَوْنِه سَبَبًا للكَفَّارَةِ، وَهُوَ لا يَكُونُ إلا أَمْرًا دَائِرًا بَيْنَ الحَظْرِ وَالإِبَاحَةِ وَلَمْ يُوجَدْ.

وَالجَوَابُ أَنَّ الخَطَأَ هُوَ تَحقُّقُ الجنَايَةِ فِي إِنْسَانٍ مُخَالفٍ لظَنِّ الجَانِي، كَمَنْ **رَمَى إلى شَيْءٍ يَظُنُّهُ صَيْدًا فَإِذَا هُوَ إِنْسَانٌ**، أَوْ لقَصْدِه مُطْلَقًا كَمَنْ **رَمَى إلى هَدَفٍ فَأَصَابَ إِنْسَانًا**، وَكَالَّذِي نَحْنُ فِيه، وَالرَّمْيُ بِالنِّسْبَةِ إلى المُخَالفِ لهُمَا كَالرَّمْيِ لا إلى مُعَيَّنٍ وَذَلكَ مُبَاحٌ لا مَحَالةَ، وَإِنَّمَا قُلنَا مُطْلَقًا ليَخرُجَ مَنْ قَصَدَ قَطْعَ يَدِ رَجُلٍ بِسَيْفٍ فَأَصَابَ عُنُقَهُ وَمَاتَ فَإِنَّهُ عَمْدٌ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُخَالفٍ للمَقْصُودِ مِنْ كُلِّ وَجْه، فَإِنَّ قَطْعَ اليَدِ قَدْ يَكُونُ قَتْلا بِالسِّرَايَةِ، بِخلافِ مَا إذَا قَصَدَ ذَلكَ فَأَصَابَ رَقَبَةَ غَيْرِه فَحَزَّهَا أَوْ **رَمَى إلى شَخْصٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ فَمَاتَ** فَإِنَّ ذَلكَ خَطَأٌ، لأَنَّ قَطْعَ يَدِ رَجُلٍ أَوْ قَتْلهُ لا يَكُونُ قَتْلا لغَيْرِه فَكَانَ مُخَالفًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

فصل

قَال: (وَمَن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطأً ثُمَّ قَتَلهُ عَمدًا قبل أَن تَبرأَ يَدُهُ أَو قَطَعَ يَدَهُ عَمدًا ثُمَّ قَتَلهُ خَطأً أَو قَطَعَ يَدَهُ خَطأً فَبَرِئَت يَدُهُ ثُمَّ قَتَلهُ خَطأً أَو قَطَعَ يَدَهُ عَمدًا فَبَرَأَت ثُمَّ قَتَلهُ عَمدًا فَإِنَّهُ يُؤخَذُ بِالأَمرَينِ جَمِيعًا) وَالأَصلُ فِيهِ أَنَّ الجَمعَ بَينَ الجِرَاحَاتِ وَاجِبٌ مَا أَمكَنَ تَتمِيمًا للأَوَّل، لأَنَّ القَتل فِي الأَعَمِّ يَقَعُ بِضَرَبَاتٍ مُتَعَاقِبَةٍ، وَفِي اعتِبَارِ كُلِّ ضَربَةٍ بِنَفسِهَا بَعضُ الحَرَجِ، إلا أَن لا يُمكِنَ الجَمعُ فَيُعطَى كُلٌّ وَاحِدٍ حُكمَ نَفسِهِ، وَقَد تَعَذَّرَ الجَمعُ فِي هَذِهِ الفُصُول فِي الأَوَّلَينِ لاختِلافِ حُكمِ الفِعلَينِ، وَفِي الآخَرَينِ لتَخَلُّل البُرءِ وَهُوَ قَاطِعٌ للسِّرَايَةِ، حَتَّى لو لم يَتَخَلَّل وَقَد تَجَانَسَا بِأَن كَانَا خَطَأَينِ يَجمَعُ بِالإِجمَاعِ لإِمكَانِ الجَمعِ وَاكتَفَى بِدِيَةٍ وَاحِدَةٍ (وَإِن كَانَ قَطَعَ يَدَهُ عَمدًا ثُمَّ قَتَلهُ عَمدًا قبل أَن تَبرأَ يَدُهُ، فَإِن شَاءَ الإِمَامُ قَال: اقطَعُوهُ ثُمَّ اُقتُلُوهُ، وَإِن شَاءَ قَال: اُقتُلُوهُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يُقتَلُ وَلا تُقطَعُ يَدُهُ لأَنَّ الجَمعَ مُمكِنٌ لتَجَانُسِ الفِعلَينِ وَعَدَمِ تَخَلُّل البُرءِ فَيُجمَعُ بَينَهُمَا. وَلهُ أَنَّ الجَمعَ مُتَعَذِّرٌ، إمَّا للاختِلافِ بَينَ الفِعلَينِ هَذَينِ لأَنَّ المُوجِبَ القَوَدُ وَهُوَ يَعتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي الفِعل وَذَلكَ بِأَن يَكُونَ القَتلُ بِالقَتل وَالقَطعُ بِالقَطعِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ، أَو لأَنَّ الحَزَّ يَقطَعُ إِضَافَةَ السِّرَايَةِ إلى القَطعِ، حَتَّى لو صَدَرَ مِن شَخصَينِ يَجِبُ القَوَدُ عَلى الحَازِّ فَصَارَ كَتَخَلُّل البُرءِ، بِخِلافِ مَا إذَا قَطَعَ وَسَرَى لأَنَّ الفِعل وَاحِدٌ، وَبِخِلافِ مَا إذَا

كَانَا خَطَأَيْنِ لأَنَّ المُوجَبَ الدِّيَةُ وَهِيَ بَدَلُ النَّفسِ مِن غَيرِ اعتِبَارِ المُسَاوَاةِ، وَلأَنَّ أَرشَ اليَدِ إِنَّمَا يَجِبُ عِندَ استِحكَامِ أَثَرِ الفِعلِ وَذَلِكَ بِالحَزِّ القَاطِعِ للسِّرَايَةِ فَيَجتَمِعُ ضَمَانُ الكُلِّ وَضَمَانُ الجُزءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَلا يَجتَمِعَانِ. أَمَّا القَطعُ وَالقَتلُ قِصَاصًا فَيَجتَمِعَانِ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): ذَكَرَ حُكْمَ الفِعْلَيْنِ عَقِيبَ فِعْلٍ وَاحِدٍ فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ رِعَايَةً لِلتَّنَاسُبِ (وَمَنْ **قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلهُ عَمْدًا**) القَطْعُ وَالقَتْلُ إِذَا حَصَلا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ كَانَا عَلَى وُجُوهٍ: أَنْ يَكُونَا خَطَأَيْنِ أَوْ عَمْدَيْنِ، أَوْ يَكُونَ القَتْلُ خَطَأً وَالقَطْعُ عَمْدًا أَوْ بِالعَكْسِ، فَذَلِكَ بِالقِسْمَةِ العَقْلِيَّةِ أَرْبَعَةٌ. ثُمَّ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ البُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ فَذَلِكَ ثَمَانِيَةُ أَوْجُهٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَتَحَقَّقَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ أَوْ شَخْصَيْنِ فَذَلِكَ سِتَّةَ عَشَرَ وَجْهًا، فَإِنْ كَانَا مِنْ شَخْصَيْنِ يُفْعَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجَبُ فِعْلِهِ مِنْ القِصَاصِ وَأَخْذِ الأَرْشِ مُطْلَقًا، لأَنَّ التَّدَاخُلَ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ المَحَلِّ لا غَيْرُ، وَإِنْ كَانَا مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ فَإِيجَابُ مُوجَبِ الفِعْلَيْنِ أَوْ إِهْدَارُ أَحَدِهِمَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلٍ ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَمْعَ) يَعْنِي الاكْتِفَاءَ بِمُوجَبِ أَحَدِهِمَا وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ تَتْمِيمًا لِلأَوَّلِ، لأَنَّ القَتْلَ فِي الأَعَمِّ: يَعْنِي فِي غَالِبِ الأَوْقَاتِ يَقَعُ بِضَرَبَاتٍ مُتَعَاقِبَةٍ، وَفِي اعْتِبَارِ كُلِّ ضَرْبَةٍ بِنَفْسِهَا بَعْضُ الحَرَجِ فَيُجْعَلُ الثَّانِي مُتَمِّمًا لِلأَوَّلِ وَيُجْعَلُ الكُلُّ وَاحِدًا، إِلا أَنْ لا يُمْكِنَ الجَمْعُ إِمَّا بِاخْتِلافِ الفِعْلَيْنِ وَصْفًا أَوْ مُوجَبًا أَوْ بِتَخَلُّلِ البُرْءِ، فَحِينَئِذٍ يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ.

فَإِنْ تَخَلَّلَ البُرْءُ فَلا جَمْعَ أَصْلًا لأَنَّ الفِعْلَ الأَوَّلَ قَدْ انْتَهَى فَيَكُونُ القَتْلُ بَعْدَهُ ابْتِدَاءً، فَلا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ وَقَدْ اخْتَلَفَا جِنْسًا فَكَذَلِكَ كَمَا فِي الصُّورَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ، وَإِنْ تَجَانَسَا خَطَأً جُمِعَ بِالإِجْمَاعِ لإِمْكَانِ الجَمْعِ بِانْتِفَاءِ المَانِعِ وَهُوَ تَخَلُّلُ البُرْءِ وَالاخْتِلافِ وَاكْتُفِيَ بِدِيَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ تَجَانُسًا عَمْدًا فَقَدْ اُخْتُلِفَ فِيهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ الوَلِيُّ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَقْطَعَ ثُمَّ يَقْتُلَ وَبَيْنَ أَنْ يَقْتُلَ وَقَالا يَقْتُلُ وَلا يَقْطَعُ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَالَ اقْطَعُوهُ) قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الخِيَارَ لِلإِمَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَل الخِيَارُ لِلوَلِيِّ،

فَعلى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ مَعْنَاهُ يُبَيِّنُ لَهُمْ أَنَّ لَهُمْ الخِيَارَ، قَالا: الجَمْعُ مُمْكِنٌ لتَجَانُسِ الفِعْلَيْنِ وَعَدَمِ تَخَلُّلِ البُرْءِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، وَقَال: بَل الجَمْعُ مُتَعَذِّرٌ إِمَّا للاخْتِلاف بَيْنَ الفِعْلَيْنِ لأَنَّ المُوجَبَ القَوَدُ وَهُوَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي الفِعْلِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ القَتْلُ بِالقَتْلِ وَالقَطْعُ بِالقَطْعِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ لِخُلُوِّ القَطْعِ إِذْ ذَاكَ عَنْ الجَزَاءِ، وَإِمَّا لأَنَّ الحَزَّ يَقْطَعُ إِضَافَةَ السِّرَايَةِ إِلى القَطْعِ حَتَّى لوْ صَدَرَا مِنْ شَخْصَيْنِ وَجَبَ القَوَدُ عَلى الحَازِّ، وَإِذَا انْقَطَعَ إِضَافَةُ السِّرَايَةِ إِلَيْهِ صَارَ كَتَخَلُّلِ البُرْءِ وَلا جَمْعَ فِيه بالاتِّفَاق، بخلاف مَا إِذَا قَطَعَ وَسَرَى لأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ، وَبِخِلاف مَا إِذَا كَانَا خَطَأَيْنِ لأَنَّ المُوجَبَ هُوَ الدِّيَةُ وَهُوَ بَدَلُ النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ المُسَاوَاة.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ أَرْشَ اليَدِ) دَليلٌ آخَرُ عَلى جَوَازِ الجَمْعِ إِذَا كَانَا خَطَأَيْن. وَتَقْرِيرُهُ: أَرْشُ اليَدِ إِنَّمَا يَجبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الفِعْلِ: يَعْنِي القَطْعَ بِانْقِطَاعِ تَوَهُّمِ السِّرَايَة، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالحَزِّ القَاطِعِ للسِّرَايَة، فَأَرْشُ اليَد إِنَّمَا يَجبُ بِالحَزِّ القَاطِعِ للسِّرَايَة، وَبه يَجبُ ضَمَانُ الكُلِّ فَيَجْتَمعُ ضَمَانُ الكُلِّ وَضَمَانُ الجُزْءِ فِي حَالة وَاحِدَة وَهِيَ حَالَةُ الحَزِّ، وَفِي ذَلكَ تَكْرَارُ دِيَة اليَد لأَنَّ ضَمَانَ الكُلِّ يَشْمَلُهَا وَالتَّكْرَارُ فِيه غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلا يَجْتَمعَان. فَإِنْ قِيل: قِصَاصُ اليَد إِنَّمَا يَجبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الفِعْلِ وَذَلكَ بِالحَزِّ القَاطِعِ للسِّرَايَة فَيَجْتَمعُ قِصَاصُ الكُلِّ وَالجُزْءِ فِي حَالة وَاحِدَة فَلا يَجْتَمعَان. قُلنَا: بَل يَجْتَمعَانِ لأَنَّ مَبْنَى القِصَاصِ المُسَاوَاةُ، وَهِيَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِاجْتِمَاعِهِمَا، وَهَذَا فِي غَايَة التَّحْقِيقِ لأَنَّ العَمْدَ مَبْنَاهُ عَلى التَّغْليظ وَالتَّشْديد وَلهَذَا تُقْتَلُ العَشَرَةُ بِالوَاحِد، وَفِي مُرَاعَاة صُورَة الفِعْل مَعْنَى التَّغْليظ فَيَجُوزُ اعْتِبَارُهُ فِيه، وَأَمَّا الخَطَأُ فَمَبْنَاهُ عَلى التَّخْفِيف، أَلا تَرَى أَنَّ الدِّيَةَ لا تَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّد القَاتِلينَ، فَاعْتِبَارُ التَّغْليظ فِيه لا يَكُونُ مُنَاسِبًا.

قَال (وَمَن ضَرَبَ رَجُلا مِائَةَ سَوطٍ فَبَرَأَ مِن تِسعِينَ وَمَاتَ مِن عَشرَةٍ فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ مِنهَا لا تَبقَى مُعتَبَرَةً فِي حَقِّ الأَرشِ وَإِن بَقِيَت مُعتَبَرَةً فِي حَقِّ التَّعزِيرِ فَبَقِيَ الاعتِبَارُ لِلعَشَرَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِرَاحَةٍ اندَمَلَت وَلَم يَبقَ لَهَا أَثَرٌ عَلَى أَصلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي مِثلِهِ حُكُومَةُ عَدلٍ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَجِبُ أُجرَةُ الطَّبِيبِ (وَإِن ضَرَبَ رَجُلا مِائَةَ سَوطٍ وَجَرَحَتهُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ تَجِبُ حُكُومَةُ العَدلِ) لِبَقَاءِ الأَثَرِ وَالأَرشِ إِنَّمَا يَجِبُ بِاعتِبَارِ الأَثَرِ فِي النَّفسِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلا مائَةَ سَوْط فَبَرأَ إلخ) وَمَنْ **ضَرَبَ رَجُلا تسْعِينَ سَوْطًا في مَكَان وَعَشَرَةً فِي مَكَان فَبَرِئَ منْ تسْعِينَ وَسَرَى مَوْضعُ العَشَرَة وَمَاتَ منْهُ** فَفيه ديَةٌ وَاحدَةٌ لمَا ذُكرَ فِي الكتَاب. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا كُلُّ جرَاحَة انْدَملَتْ) يَعْني مثْل أَنْ كَانَتْ شَجَّةً فَالتَحَمَتْ وَنَبَتَ الشَّعْرُ فَإنَّهَا لا تَبْقَى مُعْتَبَرَةً لا فِي حَقِّ الأَرْشِ وَلا فِي حَقِّ حُكُومَة عَدْل، وَإِنَّمَا تَبْقَى فِي حَقِّ التَّعْزير عَلى أَصْل أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ.

وَعَنْ أَبي يُوسُفَ رَحمَهُ اللَّهُ فِي مثْله حُكُومَة عَدْل، وَسَيَأْتي تَفْسيرُهَا في آخر فَصْل الشِّجَاج. وَعَنْ مُحَمَّد رَحمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجبُ أَجْرُ الطَّبيب (وَإنْ ضَرَبَهُ مائَةَ سَوْط وَجَرَحَتْهُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ يَجبُ لَهُ حُكُومَة عَدْل) دُونَ الأَرْشِ لأَنَّ حُكُومَةَ عَدْل إنَّمَا تَكُونُ لبَقَاء الأَثَر وَهُوَ مَوْجُودٌ، وَالأَرْشُ إنَّمَا يَجبُ باعْتبَار الأَثَر فِي النَّفْس بأَنْ لَمْ يَبْرَأْ وَلَيْسَ بمَوْجُود، وَهَذَا يُشيرُ إلى أَنَّهُ إنْ لَمْ يَجْرَحْ فِي الابْتدَاء لا يَجبُ شَيْءٌ بالاتِّفَاق، وَإنْ جَرَحَ وَانْدَمَل وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ فَكَذَلكَ كَمَا هُوَ أَصْلُ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ إلا مُجَرَّدُ الأَلَم وَهُوَ لا يُوجبُ شَيْئًا كَمَا لوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا مُؤْلمًا، وَمثْلُ هَذه المَسْأَلة مَعَ هَذَا الاخْتلاف، وَدَليلُهَا يَأْتي قَبْل فَصْل الجَنين.

قَال: (وَمَن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا المَقطُوعَةُ يَدُهُ عَن القَطعِ ثُمَّ مَاتَ من ذَلكَ فَعَلى القَاطِعِ الدِّيَةُ فِي مَالهِ، وَإن عفَا عَن القَطعِ وَمَا يَحدُثُ منهُ ثُمَّ مَاتَ من ذَلكَ فَهُوَ عفوٌ عَن النَّفسِ، ثُمَّ إن كَانَ خَطأً فَهُوَ مِن الثُّلُثِ، وَإن كَانَ عَمداً فَهُوَ مِن جَمِيعِ المَال) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنيفَةَ، وَقَالا: إذَا عفَا عَن القَطعِ فَهُوَ عفوٌ عَن النَّفسِ أيضًا، وَعَلى هَذَا الخِلافِ إذَا عفَا عَن الشَّجَّةِ ثُمَّ سَرَى إلى النَّفسِ وَمَاتَ، لَهُمَا أَنَّ العفوَ عَن القَطعِ عفوٌ عَن مُوجِبِهِ، وَمُوجِبُهُ القَطعُ لو اقتصَرَ أَو القَتلُ إذَا سَرَى، فَكَانَ العفوُ عَنهُ عفوًا عَن أَحَدِ مُوجِبَيهِ أَيُّهُمَا كَانَ، وَلأَنَّ اسمَ القَطعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ وَالمُقتصَرَ فَيَكُونُ العفوُ عَن قَطعٍ عفوًا عَن نَوعَيهِ وَصَارَ كَمَا إذَا عفَا عَن الجِنَايَةِ فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الجِنَايَةَ السَّارِيَةَ وَالمُقتَصِرةَ. كَذَا هَذَا. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَد تَحقَّقَ وَهُوَ قَتلُ نَفسٍ مَعصُومَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ وَالعفوُ لم يَتَنَاوَلهُ بِصَرِيحِهِ لأَنَّهُ عفَا عَن القَطعِ وَهُوَ غَيرُ القَتل، وَبِالسِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الوَاقِعَ قَتلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ وَنَحنُ نُوجِبُ ضَمَانَهُ. وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَجِبَ القِصَاصُ وَهُوَ القِيَاسُ لأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ للعَمدِ، إلا

أَنَّ فِي الاستِحسَانِ تَجِبُ الدِّيَةُ، لأَنَّ صُورَةَ العَفوِ أَورَثَت شُبهَةً وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلقَوَدِ. وَلا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوعٌ مِن القَطعِ، وَأَنَّ السِّرَايَةَ صِفَةٌ لَهُ، بَل السَّارِي قَتلٌ مِن الابتِدَاءِ، وَكَذَا لا مُوجِبَ لَهُ مِن حَيثُ كَونِهِ قَطعًا فَلا يَتَنَاوَلُهُ العَفوُ، بِخِلافِ العَفوِ عَن الجِنَايَةِ لأَنَّهُ اسمُ جِنسٍ، وَبِخِلافِ العَفوِ عَن الشَّجَّةِ وَمَا يَحدُثُ مِنهَا لأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي العَفوِ عَن السِّرَايَةِ وَالقَتلِ، وَلَو كَانَ القَطعُ خَطَأً فَقَد أَجرَاهُ مَجرَى العَمدِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ وِفَاقًا وَخِلافًا، آذَنَ بِذَلِكَ إِطلاقَهُ، إلا أَنَّهُ إِن كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِن الثُّلُثِ، وَإِن كَانَ عَمدًا فَهُوَ مِن جَمِيعِ المَالِ، لأَنَّ مُوجِبَ العَمدِ القَوَدُ وَلَم يَتَعَلَّق بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ لَمَّا أَنَّهُ لَيسَ بِمَالٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوصَى بِإِعَارَةِ أَرضِهِ. أَمَّا الخَطَأُ فَمُوجِبُهُ المَالُ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ **وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ** إلخ) اعْلَمْ أَنَّ العَفْوَ عَنْ القَطْعِ وَالشَّجَّة وَالجرَاحَة لَيْسَ بِعَفْوٍ عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلافًا لهُمَا، فَإِذَا وَقَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ وَعَفَا المَجْنِيُّ عَلَيْه عَنْهُ ثُمَّ سَرَى وَمَاتَ فَعَلَى الجَانِي الدِّيَةُ فِي مَاله عِنْدَهُ، وَقَالا: لا شَيْءَ عَلَيْه لأَنَّ العَفْوَ عَنْ القَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مُوجَبِه، لأَنَّ الفعْل عَرَضٌ لا يَبْقَى فَلا يُتَصَوَّرُ العَفْوُ عَنْهُ فَيَكُونُ العَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ مُوجَبِه وَمُوجَبُهُ إمَّا القَطْعُ أَوْ القَتْلُ إذَا اقْتَصَرَ أَوْ سَرَى فَكَانَ العَفْوُ عَفْوًا عَنْهُمَا، وَلأَنَّ اسْمَ القَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ وَالْمُقْتَصرَ فَإِنَّ الإذْنَ بِالقَطْعِ إذْنٌ بِه وَبِمَا حَدَثَ مِنْهُ. حَتَّى إذَا قَالَ **شَخْصٌ** آخَرُ **اقْطَعْ يَدِي فَقَطَعَهُ ثُمَّ سَرَى إلَى النَّفْسِ** لَمْ يَضْمَنْ وَالعَفْوُ إذْنٌ انْتِهَاءً فَيُعْتَبَرُ بِالإِذْنِ ابْتِدَاءً، فَصَارَ كَمَا إذَا عَفَا عَنْ الجنَايَة فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَةَ وَالْمُقْتَصِرَةَ، فَكَذَا هَذَا.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ قَتْلُ النَّفْسِ المَعْصُومَة الْمُتَقَوِّمَة قَدْ تَحَقَّقَ، وَالمَانِعُ مُنْتَفٍ لأَنَّ العَفْوَ لَمْ يَتَنَاوَلهُ بِصَرِيحِه لأَنَّهُ عَفَا عَنْ القَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ القَتْل لا مَحَالَةَ، وَبِالسِّرَايَة تَبَيَّنَ أَنَّ الوَاقِعَ قَتْل وَحَقُّهُ فيه، فَمَا هُوَ حَقُّهُ لَمْ يَعْفُ عَنْهُ، وَمَا عَفَا عَنْهُ فَلَيْسَ بِحَقِّه فَلا يَكُونُ مُعْتَبَرًا أَلا تَرَى أَنَّ الوَلِيَّ لوْ قَال بَعْدَ السِّرَايَة عَفَوْتُك عَنْ اليَد لَمْ يَكُنْ عَفْوًا، وَلوْ **قَال المَجْنِيُّ عَلَيْه عَفَوْتُك عَنْ القَتْل وَاقْتَصَرَ عَلَى القَطْعِ** لَمْ يَكُنْ عَفْوًا، فَكَذَا إذَا عَفَا عَنْ اليَد ثُمَّ سَرَى، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ العَفْوُ مُعْتَبَرًا وَجَبَ الضَّمَانُ، وَالقيَاسُ يَقْتَضِي القِصَاصَ لأَنَّهُ هُوَ الْمُوجِبُ للعَمْدِ، إلا أَنَّا تَرَكْنَاهُ لأَنَّ صُورَةَ العَفْوِ أَوْرَثَتْ شُبْهَةً

وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ.

وَقَوْلُهُ (وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوْعٌ مِنْ الْقَطْعِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا فَيَكُونُ الْعَفْوُ عَفْوًا عَنْ نَوْعَيْهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ مَنَعَ كَوْنَ السِّرَايَةِ صِفَةً لَهُ، وَيُقَالُ سَرَى الْقَطْعُ وَقَطْعٌ سَارٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ ذَلِكَ. وَالْجَوَابُ أَنَّ الْمُرَادَ صِفَةٌ مُنَوَّعَةٌ وَهِيَ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، بَلْ هِيَ مُخْرِجَةٌ عَنْ حَقِيقَتِهَا كَمَا يُقَالُ عَصِيرٌ مُسْكِرٌ. وَقَوْلُهُ (بَلْ السَّارِي قَتْلٌ مِنْ الِابْتِدَاءِ) إضْرَابٌ عَنْ قَوْلِهِ نَوْعٌ مِنْ الْقَطْعِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَتْلَ فِعْلٌ مُزْهِقٌ لِلرُّوحِ وَلَمَّا انْزَهَقَ الرُّوحُ بِهِ عَرَفْنَا أَنَّهُ كَانَ قَتْلًا وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لَا مُوجَبَ لَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ قَطْعًا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْ الْقَتْلُ إذَا سَرَى، يُرِيدُ أَنَّ الْقَتْلَ لَيْسَ بِمُوجِبٍ لِلْقَطْعِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ قَطْعًا، لِأَنَّهُ إذَا سَرَى وَمَاتَ تَبَيَّنَ أَنَّ هَذَا الْقَطْعَ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُوجَبٌ أَصْلًا، إنَّمَا الثَّابِتُ مُوجَبُ الْقَتْلِ وَهُوَ الدِّيَةُ فَكَانَ الْعَفْوُ الْمُضَافُ إلَى الْقَطْعِ مُضَافًا إلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ فَلَا يَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنْ الْقَطْعِ لَا يَكُونُ عَفْوًا عَنْ الْقَتْلِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَفْوُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْعَفْوِ عَنْ الْجِنَايَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ) وَهِيَ الْعَفْوُ عَنْ الْقَطْعِ مُطْلَقًا وَالْعَفْوُ عَنْ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ وَالْعَفْوُ عَنْ الشَّجَّةِ وَالْعَفْوُ عَنْ الْجِنَايَةِ (وِفَاقًا) وَهُوَ فِي مَوْضِعَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ **الْعَفْوَ عَنْ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ** عَفْوٌ عَنْ الدِّيَةِ بِالِاتِّفَاقِ فِيمَا إذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً، وَالثَّانِي الْعَفْوُ عَنْ الْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ عَفْوٌ عَنْ الدِّيَةِ أَيْضًا (وَخِلَافًا) وَهُوَ أَيْضًا فِي مَوْضِعَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعَفْوَ عَنْ الْقَطْعِ مُطْلَقًا عَفْوٌ عَنْ الدِّيَةِ عِنْدَهُمَا إذَا كَانَ خَطَأً، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَكُونُ عَفْوًا عَنْ أَرْشِ الْيَدِ لَا غَيْرُ.

وَالثَّانِي أَنَّ الْعَفْوَ عَنْ الشَّجَّةِ عَفْوٌ عَنْ الدِّيَةِ إذَا سَرَتْ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ عَنْ أَرْشِ الشَّجَّةِ لَا غَيْرُ (آذَنَ) أَيْ أَعْلَمَ (بِذَلِكَ إطْلَاقُهُ) أَيْ إطْلَاقُ لَفْظِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ **وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا الْمَقْطُوعَةُ يَدُهُ عَنْ الْقَطْعِ** غَيْرُ مُتَعَرِّضٍ لِلْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، وَمَنَعَ الْإِطْلَاقَ بِأَنَّ قَوْلَهُ فَعَلَى الْقَاطِعِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ فِي الْعَمْدِ لِأَنَّ الدِّيَةَ فِي الْخَطَأِ عَلَى الْعَاقِلَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْوَضْعَ مُطْلَقٌ لَا مَحَالَةَ، وَالْجَوَابُ إنَّمَا هُوَ لِأَحَدِ نَوْعَيْهِ، وَتَقْرِيرُهُ فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ إنْ كَانَ الْقَطْعُ عَمْدًا. وَقَوْلُهُ (كَمَا لَوْ أَوْصَى بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ) يَعْنِي إذَا **تَبَرَّعَ بِمَنَافِعِ أَرْضِهِ فِي مَرَضِهِ بِالْعَارِيَّةِ وَانْتَفَعَ بِهَا الْمُسْتَعِيرُ ثُمَّ مَاتَ**

المعيرُ كَانَ ذَلكَ منْ جَميعِ المَال لأنَّ المَنافعَ لَيْسَتْ بأمْوَال، وَفيه بَحْثٌ منْ أوْجُه: الأوَّلُ أنَّ القصَاصَ مَوْرُوثٌ بالاتِّفَاق فَكَيْفَ لَمْ يَتَعَلَّقْ به حَقُّ الوَرَثَة. الثَّاني أنَّ الوَصيَّةَ بإعَارَة أرْضه بَاطلَةٌ وَإنْ صَحَّتْ فَحُكْمُهُ التَّهَايُؤُ يَسْكُنُ المُوصَى لهُ يَوْمًا وَالوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ إنْ لَمْ يَقْبَل القسْمَةَ، وَإنْ قَبلهَا يُفرَزُ الثُّلُثُ للمُوصَى لهُ. وَالثَّالثُ أنَّ المَنافعَ أمْوَالٌ فَكَيْفَ صَارَتْ نَظيرًا لمَا لَيْسَ بمَال؟.

سوالجَوَابُ عَنْ الأوَّل أنَّ المُصَنِّفَ رَحمَهُ اللَّهُ نَفَى تَعَلُّقَ حَقِّ الوَرَثَة به لا كَوْنَهُ مَوْرُوثًا، وَلا تَنَافيَ بَيْنَهُمَا لأنَّ حَقَّ الوَرَثَة إنَّمَا يَثْبُتُ بطَريق الخلافَة، وَحُكْمُ الخَلف لا يَثْبُتُ مَعَ وُجُود الأصْل وَالقيَاسُ في المَال أيْضًا أنْ لا يَثْبُتَ فيه تَعَلُّقُ حَقِّهمْ إلا بَعْدَ مَوْت المُوَرِّث، لكنْ ثَبَتَ ذَلكَ شَرْعًا بقَوْله ﷺ «**لأنْ تَدعَ وَرَثَتك أغْنيَاءَ خَيْرٌ منْ أنْ تَدعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاس**» وَتَرْكُهُمْ أغْنيَاءَ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ بتَعَلُّق حَقِّهمْ بمَا يَتَحَقَّقُ به الغنَى وَهُوَ المَالُ، فَلوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ به لتَصرَّفَ فيه فَيَتْرُكُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، وَالقصَاصُ لَيْسَ بمَال فَلا يَتَعَلَّقُ به لكنَّهُ مَوْرُوثٌ، لأنَّ الإرْثَ خلافَةُ ذي نَسَب المَيِّت الحَقيقيِّ أوْ الحُكْميِّ أوْ نكَاحُهُ أوْ ولايَةٌ حَقيقَةً أوْ حُكْمًا في مَاله أوْ حَقٌّ قَابلٌ لهَا بَعْدَ مَوْته. وَقَدْ فَسَّرْنَاهُ في شَرْح الرِّسَالَة في الفَرَائض وَهُوَ كَمَا تَرَى لا يَنْحَصرُ في المَال، بَل إذَا كَانَ حَقًّا قَابلا للخلافَة يَصحُّ أنْ يَكُونَ مَوْرُوثًا، وَلا شَكَّ في قَبُوله القصَاص لذَلكَ كَمَا تَقَدَّمَ. وَعَنْ الثَّاني بأنَّ المُرَادَ منْ قَوْله أوْصَى تَبَرُّعٌ كَمَا عَبَّرْنَا عَنْهُ آنفًا وَالوَصيَّةُ تَبَرُّعٌ خَاصٌّ فَيَجُوزُ أنْ يُسْتَعَارَ لمُطْلقه. وَعَنْ الثَّالث بأنَّ المَنَافعَ أمْوَالٌ إذَا كَانَتْ في عَقْد فيه مُعَاوَضَةٌ. وَقَوْلُهُ (فَيُعْتَبَرُ منْ الثُّلُث) فيه إشْكَالٌ، وَهُوَ أنَّهُ إذَا اُعْتُبرَ منْ الثُّلُث كَانَ وَصيَّةً وَالقَاتلُ منْ العَاقلَة وَالوَصيَّةُ للقَاتل بَاطلَةٌ فَيَجبُ أنْ لا يَصحَّ في حصَّته. وَأُجيبَ بأنَّ المَجْرُوحَ لَمْ يَقُل أوْصَيْت لك بثُلُث الدِّيَة، وَإنَّمَا عَفَا عَنْ المَال بَعْدَ سَبَب الوُجُوب فَكَانَ تَبَرُّعًا مُبْتَدأً وَلا مَانعَ عَنْهُ ألا يُرَى أنَّهُ لوْ وَهَبَ لهُ شَيْئًا وَسَلَّمَ جَازَ.

قَال: (وَإذَا قَطعَت المَرأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا على يَدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَلهَا مَهرُ مِثلهَا، وَعَلى عَاقلتِهَا الدِّيَةُ إن كَانَ خَطأً، وَإن كَانَ عَمدًا فَفِي مَالهَا) وَهَذَا عِندَ أبِي حَنِيفَةَ، لأنَّ العَفوَ عَن اليَدِ إذَا لم يَكُن عَفوًا عَمَّا يَحدُثُ مِنهُ عِندَهُ فَالتَّزَوُّجُ عَلى اليَدِ لا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلى مَا يَحدُثُ مِنهُ. ثُمَّ القَطعُ إذَا كَانَ عَمدًا يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلى القِصَاصِ فِي

الطَّرَفِ وَهُوَ ليسَ بِمَالٍ فَلا يَصلُحُ مَهرًا، لا سِيَّمَا عَلَى تَقدِيرِ السُّقُوطِ فَيَجِبُ مَهرُ المِثلِ، وَعَليهَا الدِّيَةُ فِي مَالهَا لأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِن كَانَ يَتَضَمَّنُ العَفوَ عَلى مَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى لكِن عَن القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتلُ النَّفسِ وَلم يَتَنَاوَلهُ العَفوُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ وَتَجِبُ فِي مَالهَا لأَنَّهُ عَمدٌ. وَالقِيَاسُ أَن يَجِبَ القِصَاصُ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ. وَإِذَا وَجَبَ لهَا مَهرُ المِثل وَعَليهَا الدِّيَةُ تَقَعُ المُقَاصَّةُ إن كَانَا عَلى السَّوَاءِ، وَإِن كَانَ فِي الدِّيَةِ فَضلٌ تَرُدُّهُ عَلى الوَرَثَةِ، وَإِن كَانَ فِي المَهرِ فَضلٌ يَرُدُّهُ الوَرَثَةُ عَليهَا، وَإِذَا كَانَ القَطعُ خَطَأً يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلى أَرشِ اليَدِ، وَإِذَا سَرَى إلى النَّفسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا أَرشَ لليَدِ وَأَنَّ المُسَمَّى مَعدُومٌ فَيَجِبُ مَهرُ المِثل، كَمَا إذَا تَزَوَّجَهَا عَلى مَا فِي اليَدِ وَلا شَيءَ فِيهَا. وَلا يَتَقَاصَّانِ لأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ عَلى العَاقِلةِ فِي الخَطَإِ وَالمَهرُ لهَا.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَطَعَتْ الْمَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ إلخ) إذَا **قَطَعَتْ المَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتزَوَّجَهَا عَلى يَده** فَإِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ أَوْ يَسْرِيَ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ وَيَصِيرُ الأَرْشُ وَهُوَ خَمْسَةُ آلاف دِرْهَمٍ مَهْرًا لهَا بالإجْمَاعِ سَوَاءٌ كَانَ القَطْعُ عَمْدًا أَوْ خطَأً وَتَزَوَّجَهَا عَلى القَطْعِ فَقَطْ أَوْ عَليْه وَمَا يَحْدُثُ منْهُ، لأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ تَبَيَّنَ أَنَّ مُوجَبَهَا الأَرْشُ دُونَ القصَاصِ لأَنَّهُ لا يَجْري في الأَطْرَاف بَيْنَ الرَّجُل وَالمَرْأَة وَالأَرْشُ يَصْلُحُ صَدَاقًا. وَإنْ كَانَ الثَّاني وَإليْه أَشَارَ بقَوْله ثُمَّ مَاتَ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ القَطْعُ خطَأً أَوْ عَمْدًا، فَإنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلهَا مَهْرُ مثْلهَا وَالدِّيَةُ عَلى العَاقلة، وَإنْ كَانَ الثَّاني فَلهَا ذَلكَ وَالدِّيَةُ في مَالهَا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ، لأَنَّ العَفْوَ عَنْ اليَد إذَا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَمَّا يَحْدُثُ منْهُ عنْدَهُ فَالتَّزَوُّجُ عَلى اليَد لا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلى مَا يَحْدُثُ منْهُ فَيَكُونُ مَا لهَا منْ المَهْر غَيْرَ مَا عَليْهَا ممَّا يَحْدُثُ منْهُ ثُمَّ القَطْعُ إذَا كَانَ عَمْدًا كَانَ التَّزَوُّجُ تَزَوُّجًا عَلى القصَاص في الطَّرَف وَهُوَ لَيْسَ بمَال فَلا يَصْلُحُ مَهْرًا لا سيَّمَا عَلى تَقْدير سُقُوط القصَاص، فَإِنَّهُ إذَا لَمْ يَصْلُحْ مَهْرًا عَلى تَقْدير ثُبُوته لا يَصْلُحُ عَلى تَقْدير سُقُوطه بطَريق الأَوْلى، وَالقصَاصُ يَسْقُطُ هَاهُنَا إمَّا بقَبُولهَا التَّزَوُّجَ لأَنَّ سُقُوطَهُ مُتَعَلّقٌ بالقَبُول فَلمَّا قَبلتْ سَقَطَ، وَإمَّا باعْتبَار تَعَذُّر الاسْتيفَاء، فَإنَّهُ لَمَّا جَعَلَ القصَاصَ مَهْرًا جَعَلَ لهَا ولايَةَ الاسْتيفَاء وَلا يُمْكنُ اسْتيفَاءُ القصَاص عَنْ نَفْسه.

فَإِنْ قِيل: الوَاجبُ فِي الأَطْرَاف بَيْنَ الرَّجُل وَالمَرْأَة هُوَ الأَرْشُ خَمْسُمائَة دينَار وَهُوَ مَعْلُومٌ فَمَا المَانعُ أَنْ يَكُونَ هُوَ المَهْرَ؟ أُجيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ خَمْسَةَ آلاف دِرْهَمٍ فَيَكُونَ مَجْهُولا، وَإِذَا لَمْ يَصْلُحْ القِصَاصُ وَلا بَدَلُهُ مَهْرًا يَجبُ مَهْرُ المِثْل وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ فِي مَالهَا.

فَإِنْ قِيل: قَبُولُ التَّزَوُّجِ يَتَضَمَّنُ العَفْوَ وَالعَفْوُ لا يُضْمَنُ فَلا يَجبُ عَلَيْهَا الدِّيَةُ، أَشَارَ إِلى الجَوَابِ بِقَوْله لأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ كَانَ يَتَضَمَّنُ العَفْوَ لكِنْ (فِيمَا نَحْنُ فيه يَتَضَمَّنُ العَفْوَ، عَنْ القِصَاصِ فِي الطَّرَف.

وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتَل وَالعَفْوُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لذَلكَ فَتَجبُ الدِّيَةُ فِي مَالهَا لأَنَّهُ عَمْدٌ) وَالعَاقلَةُ لا تَتَحَمَّلُ العَمْدَ (وَالقِيَاسُ أَنْ يَجبَ القِصَاصُ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) يُريدُ به قَوْلَهُ لأَنَّهُ هُوَ المُوجبُ للعَمْد (وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ المِثْل وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ تَقَعُ المُقَاصَّةُ إِنْ تَسَاوَيَا) وَإِنْ لَمْ يَتَسَاوَيَا رَدَّ مَنْ عَلَيْه الفَضْلُ عَلى مَنْ لَهُ ذَلكَ، وَإِذَا كَانَ القَطْعُ خَطَأً كَانَ التَّزَوُّجُ عَلى أَرْشِ اليَد، وَإِذَا سَرَى إِلى النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا أَرْشَ لليَد وَأَنَّ المُسَمَّى مَعْدُومٌ فَيَجبُ مَهْرُ المِثْل كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلى مَا فِي اليَد وَلا شَيْءَ فِيهَا وَلا يَتَقَاصَّان لأَنَّ الدِّيَةَ عَلى العَاقلَة فِي الخَطَأ وَالمَهْرُ لَهَا فَاخْتَلفَ ذمَّةُ مَنْ لَهُ وَذمَّةُ مَنْ عَلَيْه وَشَرْطُ التَّقَاصِّ اتِّحَادُهُمَا.

قَال: (وَلو تَزَوَّجَهَا عَلى اليَدِ وَمَا يَحدُثُ مِنهَا أَو عَلى الجِنَايَةِ ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلكَ وَالقَطعُ عَمدٌ فَلهَا مَهرُ مِثلهَا) لأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلى القِصَاصِ وَهُوَ لا يَصلُحُ مَهرًا فَيَجِبُ مَهرُ المِثل عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلى خَمرٍ أَو خِنزِيرٍ وَلا شَيءَ لهُ عَليهَا، لأَنَّهُ لمَّا جَعَل القِصَاصَ مَهرًا فَقَد رَضِيَ بِسُقُوطِهِ بِجِهَةِ المَهر فَيَسقُطُ أَصلا كَمَا إِذَا أَسقَطَ القِصَاصَ بِشَرطِ أَن يَصِيرَ مَالا فَإِنَّهُ يَسقُطُ أَصلا (وَإِن كَانَ خَطَأً يُرفَعُ عَن العَاقِلةِ مَهرُ مِثلهَا، وَلهُم ثُلثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً) لأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلى الدِّيَةِ وَهِيَ تَصلُحُ مَهرًا إِلا أَنَّهُ يُعتَبَرُ بِقَدرِ مَهرِ المِثل مِن جَمِيعِ المَال لأَنَّهُ مَرِيضٌ مَرَضَ المَوتِ وَالتَّزَوُّجُ مِن الحَوَائِجِ الأَصلِيَّةِ وَلا يَصِحُّ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ عَلى مَهرِ المِثل لأَنَّهُ مُحَابَاةٌ فَيَكُونُ وَصِيَّةً فَيُرفَعُ عَن العَاقِلةِ لأَنَّهُم يَتَحَمَّلُونَ عَنهَا، فَمِن المُحَال أَن تَرجِعَ عَليهِم بِمُوجِبِ جِنَايَتِهَا، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ وَصِيَّةٌ لهُم لأَنَّهُم مِن أَهلِ الوَصِيَّةِ لمَا أَنَّهُم لَيسُوا بِقَتَلةٍ، فَإِن كَانَت تَخرُجُ مِن الثُّلُثِ تَسقُطُ، وَإِن لم تَخرُج يَسقُطُ ثُلُثُهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كَذَلكَ الجَوَابُ

فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ، لأَنَّ العَفوَ عَن اليَدِ عَفوٌ عَمَّا يَحدُثُ مِنهُ عِندَهُمَا فَاتَّفَق جَوَابُهُمَا فِي الفَصلين.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَلا شَيْءَ عَلَيْهَا) أَيْ لا دِيَةَ وَلا قِصَاصَ. وَقَوْلُهُ (يَرْفَعُ عَنْ العَاقِلَة مَهْرَ مِثْلِهَا) أَيْ قَدْرَ مَهْرِ المِثْلِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمْ) أَيْ لِلعَاقِلَة (ثُلُثُ مَا تَرَكَ) أَيْ ثُلُثُ مَا زَادَ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ إِلَى تَمَامِ الدِّيَة يَكُونُ وَصِيَّةً. وَقَوْلُهُ (فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الفَصْلَيْنِ) يَعْنِي فِي التَّزَوُّجِ عَلَى اليَدِ إِذَا كَانَ القَطْعُ خَطَأً، وَفِي التَّزَوُّجِ عَلَى اليَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا أَوْ عَلَى الجِنَايَة، وَعَبَّرَ بِالفَصْلَيْنِ بِاعْتِبَارِ المُخْتَلف وَالمُتَّفق وَإِلا فَالفُصُولُ ثَلاثَةٌ.

قَال: (وَمَن قُطِعَت يَدُهُ فَاقتُصَّ لهُ مِن اليَدِ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُقتَلُ المُقتَصُّ مِنهُ) لأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الجِنَايَةَ كَانَت قَتل عَمدٍ وَحَقُّ المُقتَصِّ لهُ القَوَدُ، وَاستِيفَاءُ القَطعِ لا يُوجِبُ سُقُوطَ القَوَدِ كَمَن كَانَ لهُ القَوَدُ إِذَا استَوفَى طَرَفَ مَن عَليهِ القَوَدُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَسقُطُ حَقُّهُ فِي القِصَاصِ، لأَنَّهُ لَمَّا أَقدَمَ عَلَى القَطعِ فَقَد أَبرَأَهُ عَمَّا وَرَاءَهُ. وَنَحنُ نَقُولُ: إِنَّمَا أَقدَمَ عَلَى القَطعِ ظَنًّا مِنهُ أَنَّ حَقَّهُ فِيهِ وَبَعدَ السِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ فِي القَوَدِ فَلَم يَكُن مُبرِئًا عَنهُ بِدُونِ العِلمِ بِهِ.

الشرح:

(قَال وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ فَاقْتُصَّ لَهُ مِنْ اليَدِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا مَاتَ المُقْتَصُّ مِنْهُ مِنْ القَطْعِ، وَحُكْمُهُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَة المُقْتَصِّ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ لا شَيْءَ عَلَيْهِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ

قَال: (وَمَنْ قَتَل وَلِيَّهُ عَمْدًا فَقَطَعَ يَدَ قَاتله ثُمَّ عَفَا وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالقِصَاصِ أَوْ لَمْ يُقْضَ فَعَلَى قَاطِعِ اليَد دِيَةُ اليَد عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا شَيْءَ عَلَيْه) لأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فَلا يَضْمَنُهُ، وَهَذَا لأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِتْلافَ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يَعْفُ لا يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا سَرَى وَمَا بَرَأَ أَوْ مَا عَفَا وَمَا سَرَى، أَوْ قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْل البُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ قِصَاصٌ فِي الطَّرَف فَقَطَعَ أَصَابِعَهُ ثُمَّ عَفَا لا يَضْمَنُ الأَصَابِعَ. وَلَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّه، لأَنَّ حَقَّهُ فِي القَتْل.

وَهَذَا قَطعٌ وَإِبَانَةٌ، وَكَانَ القِيَاسُ أَن يَجِبَ القِصَاصُ إلا أَنَّهُ سَقَطَ للشُّبهَةِ فَإِنَّ لهُ أَن يُتلفهُ تَبعًا، وَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ المَالُ، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ فِي الحَال لأَنَّهُ يُحتَمَلُ أَن يَصِيرَ قتلا بِالسِّرَايَةِ فَيَكُونُ مُستَوفِيًا حَقَّهُ، وَمِلكُ القِصَاصِ فِي النَّفسِ ضَرُورِيٌّ لا يَظهَرُ إلا عِندَ الاستِيفَاءِ أَو العَفوِ أَو الاعتِيَاضِ لمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ، فَأَمَّا قَبل ذَلكَ لم يَظهَر لعَدَمِ الضَّرُورَةِ بِخِلافِ مَا إذَا سَرَى لأَنَّهُ استِيفَاءٌ. وَأَمَّا إذَا لم يَعفُ وَمَا سَرَى، قُلنَا: إنَّمَا يَتَبَيَّنُ كَونُهُ قَطعًا بِغَيرِ حَقٍّ بِالبُرءِ حَتَّى لو قَطَعَ وَمَا عَفَا وَبَرَأَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلى هَذَا الخِلافِ، وَإِذَا قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبل البُرءِ فَهُوَ استِيفَاءٌ وَلو حَزَّ بَعدَ البُرءِ فَهُوَ عَلى هَذَا الخِلافِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَالأَصَابِعُ وَإِن كَانَت تَابِعَةً قِيَامًا بِالكَفِّ فَالكَفُّ تَابِعَةٌ لهَا غَرَضًا، بِخِلافِ الطَّرَفِ لأَنَّهَا تَابِعَةٌ للنَّفسِ مِن كُلِّ وَجهٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَتَل وَلِيُّهُ عَمْدًا) صُورَتُهُ ظَاهِرَةٌ وَكَذَلكَ دَليلُهُمَا، وَأَمَّا دَليلُ أَبي حَنِيفَةَ فَيَحْتَاجُ إلى كَلامٍ، فَقَوْلُهُ إنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّه لأَنَّ حَقَّهُ فِي القَتْل، وَهَذَا قَطْعٌ وَإِبَانَةٌ فِي الأَصْل ظَاهِرٌ لا يَقْبَلُ التَّشْكِيكَ، وَقَدْ شَكَّكَ بَعْضُهُمْ بمَا إذَا **شَهِدَ شَاهِدَان عَلى رَجُلٍ بالقَتْل فَقَطَعَ الوَلِيُّ يَدَهُ ثُمَّ رَجَعَا** ضَمِنَا اليَدَ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَان مَا أَتْلفَاهُ بشَهَادَتِهمَا وَمَا شَهِدَا إلا بالقَتْل، وَلوْ كَانَ القَطْعُ غَيْرَ القَتْل لمَا ضَمِنَا، وَكَوْنُ القَطْعِ غَيْرَ القَتْل لا يَرْتَابُ فيه أَحَدٌ، وَليْسَ أَصْلُ المَسْأَلة ذَلكَ وَإِنَّمَا هِيَ بِنَاءٌ عَلى أَنَّهُمَا أَوْجَبَا لهُ قَتْل النَّفْسِ، وَذَلكَ يُبَرِّئُ القَاطِعَ عَنْ الضَّمَان فَيَضْمَنَان لإِيجَاب البَرَاءَة لهُ بَعْدَ عِلَّة الضَّمَان عَلَيْه فَصَارَ كَمَا لوْ شَهِدَا عَلى رَجُلٍ أَنَّهُ أَبْرَأَ غَرِيمَهُ عَنْ الدَّيْن ثُمَّ رَجَعُوا.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا لا يَجبُ المَالُ فِي الحَال) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لمَّا اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّه وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ فِي الحَال. وَقَوْلُهُ (وَملكُ القصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرُورِيٌّ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا إنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ: يَعْنِي لمَّا كَانَ ملكُ القصَاصِ ضَرُوريًّا لثُبُوته مَعَ المُنَافِي وَهُوَ الحُرِّيَّةُ كَمَا مَرَّ بحَيْثُ لا يَظْهَرُ إلا فِي هَذه الأَحْوَال الثَّلاثَة، وَهِيَ: اسْتِيفَاءُ النَّفْسِ بالقصَاصِ، وَالعَفْوُ، وَالاعْتِيَاضُ لا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ فِي القَاتِل بغَيْرِهَا، وَالقَطْعُ مَقْصُودًا غَيْرَهَا فَيَكُونُ تَصَرُّفًا فِي غَيْر مَوْضعِ الضَّرُورَة وَلا حَقَّ لهُ فيه فَيَجبُ الضَّمَانُ.

وَقَوْلُهُ (فَأَمَّا قَبْل ذَلكَ) يَعْنِي قَبْل التَّصَرُّف بهَذه الأَشْيَاء الثَّلاثَة يُرِيدُ به القَطْعَ

(فَلَمْ يَظْهَرْ) يَعْنِي مِلكَ القِصَاصِ (لعَدَمِ الضَّرُورَة) وَقَوْلُهُ (بخلاف مَا إذَا سَرَى) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهِمَا وَكَذَا إذَا سَرَى. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا إذَا لَمْ يَعْفُ وَمَا سَرَى) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهِمَا أَوْ مَا عُفِيَ وَمَا سَرَى. وَقَوْلُهُ (الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى الخلاف) يَعْنِي فَلا يَكُونُ مُسْتَشْهَدًا به، وَكَذَا قَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ (وَالأَصَابعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابعَةً) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا وَصَارَ كَمَا إذَا كَانَ لهُ قصَاصٌ فِي الطَّرَف فَقَطَعَ أَصَابعَهُ ثُمَّ عَفَا وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ المَشَايخِ فَإِنَّهُمْ تَبَرَّعُوا بالفَرْق. وَأَمَّا صَاحِبُ الأَسْرَارِ فَمَنَعَهُ وَقَال: لا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لا يَلزَمُهُ ضَمَانُ الأَصَابعِ بَل يَلزَمُهُ إذَا عَفَا عَنْ الكَفِّ.

قَال: (وَمَن لهُ القِصَاصُ فِي الطَّرَفِ إذَا استَوفَاهُ ثُمَّ سَرَى إلى النَّفسِ وَمَاتَ يَضمَنُ دِيَةَ النَّفسِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: لا يَضمَنُ) لأَنَّهُ استَوفَى حَقَّهُ وَهُوَ القَطعُ، وَلا يُمكِنُ التَّقيِيدُ بِوَصفِ السَّلامَةِ لمَا فِيهِ مِن سَدِّ بَابِ القِصَاصِ، إذ الاحتِرَازُ عَن السِّرَايَةِ ليسَ فِي وُسعِهِ فَصَارَ كَالإِمَامِ وَالبَزَّاغِ وَالحَجَّامِ وَالمَأمُورِ بِقَطعِ اليَدِ. وَلهُ أَنَّهُ قَتلٌ بِغَيرِ حَقٍّ لأَنَّ حَقَّهُ فِي القَطعِ وَهَذَا وَقَعَ قَتلا وَلهَذَا لو وَقَعَ ظُلمًا كَانَ قَتلا. وَلأَنَّهُ جُرحٌ أَفضَى إلى فَوَاتِ الحَيَاةِ فِي مَجرَى العَادَةِ وَهُوَ مُسَمَّى القَتل، إلا أَنَّ القِصَاصَ سَقَطَ للشُّبهَةِ فَوَجَبَ المَالُ بِخِلافِ مَا استَشهَدَا بِهِ مِن المَسَائِل إلا أَنَّهُ مُكَلَّفٌ فِيهَا بِالفِعل، إمَّا تَقَلُّدًا كَالإِمَامِ أَو عَقدًا كَمَا فِي غَيرِهِ مِنهَا. وَالوَاجِبَاتُ لا تَتَقَيَّدُ بِوَصفِ السَّلامَةِ كَالرَّمي إلى الحَربِيِّ، وَفِيمَا نَحنُ فِيهِ لا التِزَامَ وَلا وُجُوبَ، إذ هُوَ مَندُوبٌ إلى العَفوِ فَيَكُونُ مِن بَابِ الإِطلاقِ فَأَشبَهَ الاصطِيَادَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ لهُ القصَاصُ في الطَّرَف إذَا اسْتَوْفَاهُ) وَاضحٌ، وَقَدْ أَشَرْنَا إليْه منْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَالإمَامِ) أَيْ القَاضِي إذَا قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ فَمَاتَ منْ ذَلكَ فَإِنَّهُ لا شَيْءَ عَليْه. وَقَوْلُهُ (وَالمَأْمُورُ بقَطْعِ اليَد) كَمَا إذَا قَال اقْطَعْ يَدي فَفَعَل فَمَاتَ لا شَيْءَ عَلى القَاطعِ. وَقَوْلُهُ (في مَجْرَى العَادَة) يَعْني أَنَّ المَوْتَ منْ الجُرْحِ ليْسَ عَلى خلاف العَادَة. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مُكَلَّفٌ فيهَا) (أَيْ في المَسَائل) بالفعْل إمَّا تَقَلُّدًا كَالإمَام فَإِنَّهُ إذَا تَقَلَّدَ القَضَاءَ وَجَبَ عَليْه أَنْ يَحْكُمَ (أَوْ عَقْدًا) كَمَا مَرَّ في غَيْرِ الإمَامِ منْ المَسَائل: يَعْني البَزَّاغَ وَالحَجَّامَ فَإِنَّ الفعْل يَجبُ عَليْهمَا بعَقْد الإجَارَة (وَالوَاجبَاتُ لا تَتَقَيَّدُ بوَصْف

السَّلامَة كَالرَّمْي إلى الحَرْبِيِّ وَفِيمَا نَحْنُ فِيه) مِنْ الاسْتِيفَاءِ (لا وُجُوبَ وَلا التِزَامَ) إذْ العَفْوُ مَنْدُوبٌ إلَيْه.

قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الإطْلاق: أَيْ الإبَاحَة فَأَشْبَهَ الاصْطِيَادَ، وَلَوْ **رَمَى إلى صَيْد فَأَصَابَ إنْسَانًا** ضَمِنَ كَذَا هَذَا، وَطُولِبَ بالفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ المُسْتَأْجِرِ وَالمُسْتَعِيرِ، وَمُعَلِّمٍ ضَرَبَ الصَّبِيَّ بِإِذْنِ الأَبِ فَمَاتَ، وَقَاطِعِ يَد حَرْبِيٍّ أَوْ مُرْتَدٍّ أَسْلَمَ بَعْدَ القَطْعِ فَإِنَّهُ لا يَجِبُ عَلى المُسْتَأْجِرِ، وَالمُسْتَعِيرِ للرُّكُوب إذَا نَفَقَتْ الدَّابَّةُ مِنْهُ، وَعَلى المُعَلِّمِ وَالقَاطِعِ ضَمَانٌ، وَهَاهُنَا يَجِبُ إذَا سَرَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الثَّلاثَة الأُولى حَصَل سَبَبُ الهَلاك بالإذْن فَيَنْتَقِلُ الفعْلُ إلى الإذْنِ، وَلَوْ **أَهْلَكَ المَالكُ دَابَّتَهُ** لَمْ يَجِبْ عَلَيْه شَيْءٌ فَكَذَا إذَا أَذِنَ بسَبَبِ الهَلاك، **وَالأَبُ إذَا قَتَل ابْنَهُ** وَجَبَ عَلَيْه الدِّيَةُ فَكَذَلكَ هَاهُنَا، بخلاف المُقْتَصِّ لهُ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بالملك دُونَ الإذْنِ، وَلَمَّا قَطَعَ وَسَرَى كَانَ القَطْعُ قَتْلا وَلَيْسَ لهُ ملكُ القَتْل فَكَانَ تَصَرُّفًا في غَيْرِ ملكه وَهُوَ يُوجِبُ الضَّمَانَ.

وَأَمَّا الرَّابعُ فَلأَنَّ القَطْعَ مَعَ السِّرَايَة يَصيرُ قَتْلا منْ الابْتدَاء، وَلوْ قَتَل ابْتداءً وَقَعَ القَتْلُ قَبْل الإسْلامِ فِي مُبَاحِ الدَّمِ وَذَلكَ لا يُوجِبُ الضَّمَانَ، فَكَذَا إذَا صَارَ قَتْلا منْ الابْتِدَاءِ لأَنَّهُ مُسْتَنِدٌ إلى ابْتِدَاءِ القَطْعِ.

بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْل

قَال: (وَمَن قُتِل وَلهُ ابنَانِ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَقَامَ الحَاضِرُ البَيِّنَة عَلى القَتل ثُمَّ قَدِمَ الغَائِبُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ البَيِّنَة) عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَقَالا: لا يُعِيدُ (وَإِن كَانَ خَطَأً لم يُعِدهَا بِالإجمَاعِ) وَكَذَلكَ الدَّينُ يَكُونُ لأَبِيهِمَا عَلى آخَرَ. لهُمَا فِي الخِلافِيَّةِ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ طَرِيقُ الوِرَاثَة كَالدَّين، وَهَذَا لأَنَّهُ عِوَضٌ عَن نَفسِهِ فَيَكُونُ المِلكُ فِيهِ لمَن لهُ المِلكُ فِي المُعَوَّضِ كَمَا فِي الدِّيَة، وَلهَذَا لو انقَلبَ مَالا يَكُونُ للمَيِّت، وَلهَذَا يَسقُطُ بِعَفوِهِ بَعدَ الجُرحِ قَبل المَوتِ فَيَنتَصِبُ أَحَدُ الوَرَثَة خَصمًا عَن البَاقِينَ. وَلهُ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ الخِلافَةُ دُونَ الوِرَاثَة؛ أَلا تَرَى أَنَّ مِلكَ القِصَاصِ يَثبُتُ بَعدَ المَوتِ وَالمَيِّتُ ليسَ مِن أَهلِه، بِخِلافِ الدَّينِ وَالدِّيَة لأَنَّهُ مِن أَهل المِلكِ فِي الأَموَال، كَمَا إذَا نَصَبَ شَبَكَة فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيدٌ بَعدَ مَوتِهِ فَإِنَّهُ يَملكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقُهُ الإثبَاتَ ابتِدَاءً لا يَنتَصِبُ أَحَدُهُم خَصمًا

عَن البَاقِينَ فيُعِيدُ البيِّنَةَ بَعدَ حُضُورِهِ (فَإن كَانَ أَقَامَ القَاتِلُ البيِّنَةَ أَنَّ الغَائِبَ قَد عَفَا فَالشَّاهِدُ خَصمٌ ويَسقُطُ القِصَاصُ) لأَنَّهُ ادَّعَى عَلى الحَاضِرِ سُقُوطَ حَقِّهِ فِي القِصَاصِ إلى مَالٍ، وَلا يُمكِنُهُ إثبَاتُهُ إلا بِإثبَاتِ العَفوِ مِن الغَائِبِ فَيَنتَصِبُ الحَاضِرُ خَصمًا عَن الغَائِبِ (وَكَذَلكَ عَبدٌ بَينَ رَجُلينِ قُتِل عَمدًا وَأَحَدُ الرَّجُلينِ غَائِبٌ فَهُوَ عَلى هَذَا) لمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(**بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتلِ**): القَتْلُ بَعْدَ تَحقُّقه رُبَّمَا يُجْحَدُ فَيَحْتَاجُ مَنْ لَهُ القِصَاصُ إلى إثْبَاته بالبَيِّنَة فَبيَّنَ الشَّهَادَةَ فيه في بَابٍ عَلى حدَة (**وَمَنْ قُتل وَلَهُ ابْنَان حَاضِرٌ وَغَائبٌ فَأَقَامَ الحَاضِرُ البَيِّنَةَ عَلى القَتْل ثُمَّ قَدمَ الغَائبُ** فَإنَّهُ يُعيدُ البَيِّنَةَ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ. وَقَالا: لا يُعيدُ، وَإنْ كَانَ خَطأً. لا يُعيدُ بالإجْمَاعِ) وَكَذَلكَ الدَّيْنُ يَكُونُ لأَبيهِمَا عَلى آخَرَ، وَالأَصْلُ أَنَّ اسْتيفَاءَ القِصَاصِ حَقُّ الوَرَثَة عنْدَهُ وَحَقُّ المُورث عنْدَهُمَا، وَلَيْسَ لأَبي حَنيفَةَ تَمَسُّكٌ بصحَّة العَفْوِ منْ الوَارث حَال حَيَاة المُورِّث اسْتحْسَانًا، كَمَا أَنَّهُ لَيسَ لهُمَا ذَلكَ بصحَّة العَفْو منْ المُورِّث المَجْرُوحِ اسْتحْسَانًا للتَّدَافُعِ. وَالقيَاسُ عَدَمُ الجَوَاز، أَمَّا منْ جهَة المُورِّث فَلأَنَّ القَتْل لَمْ يُوجَدْ بَعْدُ، وَأَمَّا منْ جهَة الوَارث فَلوُقُوعه قَبْل ثُبُوت حَقِّه.

وَوَجْهُ الاسْتحْسَان أَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَحقَّقَ فَصَحَّ منْ كُلٍّ منْهُمَا لذَلكَ، وَإذَا ظَهَرَ ذَلكَ ظَهَرَ وَجْهُ قَوْلهمَا أَنَّ القصَاصَ طَريقُهُ طَريقُ الورَاثَة كَالدَّيْنِ، وَمَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الدَّيْنِ، وَحُكْمُهُ أَنْ يَنْتَصبَ أَحَدُ الوَرَثَة خَصْمًا عَنْ البَاقينَ، وَاسْتَدَلَّ لهُمَا عَلى أَنَّ طَريقَهُ طَريقُ الورَاثَة بقَوْله وَهَذَا لأَنَّهُ عوَضُ نَفْسٍ.

قَال اللَّهُ تَعَالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] فَيَكُونُ الملكُ فيه لمَنْ لهُ الملكُ في المُعَوَّض كَمَا في الدِّيَة، وَلهَذَا لوْ انْقَلبَ مَا لا يَكُونُ للمَيِّت تُقْضَى به دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ منْهُ وَصَايَاهُ. وَلأَبي حَنيفَةَ أَنَّ طَريقَهُ طَريقُ الخلافَة، وَهُوَ أَنْ يَثْبُتَ لمَنْ يَخلفُ ابْتدَاءً، كَالعَبْد إذَا اتَّهَبَ فَإنَّهُ يَثْبُتُ الملكُ للمَوْلى ابْتدَاءً بطَريق الخلافَة لأَنَّ العَبْدَ لَيْسَ بأَهْلٍ للملك، كَمَا أَنَّ المَيِّتَ لَيسَ منْ أَهْل القصَاص لكَوْنه مَلكَ الفعْل وَلا يُتَصوَّرُ الفعْلُ منْ المَيِّت وَالورَاثَةُ هُوَ أَنْ يَثْبُتَ الملكُ للمُورث ابْتدَاءً ثُمَّ للوَارث.

وَقَوْلُهُ (بخلاف الدَّيْن) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا كَالدَّيْنِ (لأَنَّهُ) أَيْ المَيِّتَ منْ أَهْل الملك

فِي الأَمْوَال كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِه فَإِنَّهُ يَمْلكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقَهُ الإِثْبَاتَ ابْتِدَاءً لا يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصْمًا عَنْ البَاقِينَ فَيُعِيدُ الغَائِبُ البَيِّنَةَ بَعْدَ حُضُورِه، وَهَذَا أَنْسَبُ للقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّة، فَإِنَّ المَحَلَّ مِمَّا للشُّبْهَةِ فِيهِ مَجَالٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَقَامَ القَاتِلُ البَيِّنَةَ) وَاضِحٌ.

قَال: (فَإِن كَانَ الأَولِيَاءُ ثَلاثَةً فَشَهِدَ اثنَانِ مِنهُم عَلَى الآخَرِ أَنَّهُ قَد عَفَا فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ وَهُوَ عَفوٌ مِنهُمَا) لأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ بِشَهَادَتِهِمَا إِلَى أَنفُسِهِمَا مَغنَمًا وَهُوَ انقِلابُ القَوَدِ مَالا (فَإِن صَدَّقَهُمَا القَاتِلُ فَالدِّيَةُ بَينَهُم أَثلاثًا) مَعنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحدَهُ، لأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُمَا فَقَد أَقَرَّ بِثُلُثَي الدِّيَةِ لَهُمَا فَصَحَّ إِقرَارُهُ، إِلا أَنَّهُ يَدَّعِي سُقُوطَ حَقِّ المَشهُودِ عَلَيهِ وَهُوَ يُنكِرُ فَلا يُصَدَّقُ وَيَغرَمُ نَصِيبَهُ (وَإِن كَذَّبَهُمَا فَلا شَيءَ لَهُمَا وَلِلآخَرِ ثُلُثُ الدِّيَةِ) وَمَعنَاهُ: إِذَا كَذَّبَهُمَا القَاتِلُ أَيضًا، وَهَذَا لأَنَّهُمَا أَقَرَّا عَلَى أَنفُسِهِمَا بِسُقُوطِ القِصَاصِ فَقُبِلَ وَادَّعَيَا انقِلابَ نَصِيبِهِمَا مَالا فَلا يُقبَلُ إِلا بِحُجَّةٍ، وَيَنقَلِبُ نَصِيبُ المَشهُودِ عَلَيهِ مَالا لأَنَّ دَعوَاهُمَا العَفوَ عَلَيهِ وَهُوَ يُنكِرُ بِمَنزِلَةِ ابتِدَاءِ العَفوِ مِنهُمَا فِي حَقِّ المَشهُودِ عَلَيهِ، لأَنَّ سُقُوطَ القَوَدِ مُضَافٌ إِلَيهِمَا، وَإِن صَدَّقَهُمَا المَشهُودُ عَلَيهِ وَحدَهُ غَرِمَ القَاتِلُ ثُلُثَ الدِّيَةِ لِلمَشهُودِ عَلَيهِ لإِقرَارِهِ لَهُ بِذَلِكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمَا يَجُرَّان) تَعْلِيلٌ لقَوْله فَشَهَادَتُهُمَا بَاطلَةٌ، وَتَعْليلُ قَوْله وَهُوَ عَفْوٌ منْهُمَا لَمْ يَذْكُرْهُ، وَهُوَ مَا قَال الإِمَامُ المَحْبُوبِيُّ لأَنَّهُمَا زَعَمَا أَنَّ القَوَدَ قَدْ سَقَطَ وَزَعْمُهُمَا مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّهِمَا. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ صَدَّقَهُمَا القَاتلُ فَالدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلاثًا) يَتَأَتَّى فيه الأَقْسَامُ العَقْليَّةُ، لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُمَا القَاتلُ وَالمَشْهُودُ عَلَيْه جَميعًا أَوْ يُكَذِّبَاهُمَا أَوْ يُصَدِّقَهُمَا القَاتلُ دُونَ المَشْهُود عَلَيْه أَوْ بالعَكْس، وَالمَذْكُورُ فِي الكتَاب أَوَّلا هُوَ أَنْ يُصَدِّقَهُمَا القَاتلُ وَحْدَهُ وَفيه الدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلاثًا لمَا ذَكَرَ فِي الكتَاب منْ التَّعْليل، وَأَشَارَ بقَوْله وَحْدَهُ إِلَى أَنَّهُمَا لَوْ صَدَّقَاهُمَا ضَمنَ القَاتلُ للشَّاهدَيْنِ ثُلُثَيْ الدِّيَة لا غَيْرُ لأَنَّهُمَا ادَّعَيَا عَلَى القَاتلِ المَال وَصَدَّقَهُمَا القَاتلُ فيه، وَلا شَيْءَ للمَشْهُود عَلَيْه لأَنَّهُ بتَصْديقه الشَّاهدَيْن فيمَا شَهدَا أَقَرَّا بالعَفْوِ فَصَارَ كَمَا لَوْ ثَبَتَ ذَلكَ عيَانًا. وَقَوْلُهُ (إِنْ كَذَّبَهُمَا) أَيْ كَذَّبَهُمَا القَاتلُ وَالمَشْهُودُ عَلَيْه أَيْضًا (فَلا شَيْءَ للشَّاهدَيْنِ وَللمَشْهُود عَلَيْه ثُلُثُ الدِّيَة) لمَا ذَكَرَهُ

فِي الكِتَاب. وَقَوْلُهُ وَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَشْهُودُ عَلَيْه وَحْدَهُ) يَعْنِي وَكَذَّبَهُمَا القَاتِلُ (غَرِمَ القَاتِلُ للمَشْهُودِ عَلَيْه ثُلُثَ الدِّيَة لإِقْرَارِه لَهُ بِذَلِكَ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ وَلَكِنَّهُ يَصْرِفُ ذَلِكَ إِلى الشَّاهِدَيْنِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَلزَمَهُ شَيْءٌ لأَنَّ مَا ادَّعَاهُ الشَّاهِدَانِ عَلَى القَاتِل لَمْ يَثْبُتْ لإِنْكَارِه.

وَمَا أَقَرَّ بِهِ القَاتِلُ للمَشْهُودِ عَلَيْه قَدْ بَطَل بِتَكْذِيبِه. وَجْهُ الاسْتِحْسَان أَنَّ القَاتِل بِتَكْذِيبِه الشَّاهِدَيْنِ أَقَرَّ للمَشْهُودِ عَلَيْه بِثُلُث الدِّيَة لِزَعْمِه أَنَّ القِصَاصَ سَقَطَ بِدَعْوَاهُمَا العَفْوَ عَنْ الثَّالِثِ وَانْقَلبَ نَصِيبُهُ مَالا وَالثَّالِثُ لَمَّا صَدَّقَ الشَّاهِدَيْنِ فِي العَفْوِ فَقَدْ زَعَمَ أَنَّ نَصِيبَهُمَا انْقَلبَ مَالا فَصَارَ مُقِرًّا لَهُمَا بِمَا أَقَرَّ بِه القَاتِلُ فَيَجُوزُ قَرَارُهُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَة مَا لَوْ **أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِأَلفِ دِرْهَمٍ فَقَال المَقَرُّ لَهُ هَذِه الأَلفُ لَيْسَتْ لِي وَلَكِنَّهَا لِفُلانٍ** جَازَ وَصَارَ الأَلفُ لِفُلانٍ، كَذَا هَذَا.

قَال: (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ فَلم يَزَل صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَليه القَوَدُ إِذَا كَانَ عَمدًا) لأَنَّ الثَّابِتَ بِالشَّهَادَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً، وَفِي ذَلكَ القِصَاصُ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالشَّهَادَةُ عَلى قَتل العَمدِ تَتَحَقَّقُ عَلى هَذَا الوَجهِ، لأَنَّ المَوتَ بِسَبَبِ الضَّربِ إِنَّمَا يُعرَفُ إِذَا صَارَ بِالضَّربِ صَاحِبُ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ، وَتَأوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيءٍ جَارِحٍ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا **شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ**) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ عَمْدًا) أَقُولُ: المُصَنِّفُ احْتَرَزَ بِه عَنْ الخَطَأ. ثُمَّ قَال (وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ) لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلكَ لا يَجِبُ القَوَدُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا تَقَدَّمَ. قِيل الشُّهُودُ شَهِدُوا عَلَى الضَّرْب بِشَيْءٍ جَارِحٍ، وَلكِنْ قَدْ يَكُونُ خَطَأً فَكَيْفَ يَثْبُتُ القَوَدُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُمْ لَمَّا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِسِلاحٍ فَقَدْ شَهِدُوا أَنَّهُ قَصَدَ ضَرْبَهُ، لأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُخْطِئًا لا يَحِلُّ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُونَ أَنَّهُ قَصَدَ ضَرْبَ غَيْرِه فَأَصَابَهُ. وَأَقُول: هَذَا لَيْسَ بِوَارِدٍ عَلَى صَاحِب الهِدَايَة، لأَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْه بِقَوْلِه إِذَا كَانَ عَمْدًا، نَعَمْ يَرِدُ عَلَى عِبَارَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلِهَذَا احْتَرَزَ عَنْهُ المُصَنِّفُ.

قَال: (وَإِذَا اختَلَفَ شَاهِدَا القَتل فِي الأَيَّامِ أَو فِي البَلَدِ أَو فِي الَّذِي كَانَ بِهِ القَتلُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لأَنَّ القَتل لا يُعَادُ وَلا يُكَرَّرُ، وَالقَتلُ فِي زَمَانٍ أَو فِي مَكَان غَيرُ القَتل فِي زَمَانٍ

أَو مكَان آخَرَ، وَالقَتلُ بِالعَصَا غيرُ القَتل بِالسِّلاحِ لأَنَّ الثَّانِيَ عَمدٌ وَالأَوَّل شِبهُ العَمدِ، وَيَختَلفُ أَحكَامُهُمَا فكَانَ عَلى كُلِّ قَتلٍ شَهَادَةٌ فَردٌ (وَكذَا إِذَا قَال أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ بِعَصًا وَقَال الآخَرُ لا أَدرِي بِأَيِّ شَيءٍ قَتَلَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لأَنَّ المُطلقَ يُغَايِرُ المُقَيَّدَ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا القَتْلِ) ظَاهِرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الشَّهَادَات أَنَّ اخْتِلافَ الشَّاهِدَيْنِ فِي الأَمْوَال يَمْنَعُ مِنْ الحُكْمِ بِهَا فَفِي النُّفُوسِ أَوْلى. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المُطْلَقَ يُغَايِرُ المُقَيَّدَ) فَإِنَّ المُطْلَقَ يُوجِبُ الدِّيَةَ فِي مَاله وَالمُقَيَّدَ بِالعَصَا عَلى العَاقِلة.

قَال: (وَإِن شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَهُ وَقَالا: لا نَدرِي بِأَيِّ شَيءٍ قَتَلَهُ فَفِيهِ الدِّيَةُ استِحسَانًا) وَالقِيَاسُ أَن لا تُقبَل هَذِهِ الشَّهَادَةُ لأَنَّ القَتل يَختَلفُ بِاختِلافِ الآلَةِ فَجُهِل المَشهُودُ بِهِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُم شَهِدُوا بِقَتلٍ مُطلقٍ وَالمُطلقُ ليسَ بِمُجمَلٍ فَيَجِبُ أَقَلُّ مُوجِبَيهِ وَهُوَ الدِّيَةُ وَلأَنَّهُ يُحمَلُ إِجمَالُهُم فِي الشَّهَادَةِ عَلى إِجمَالِهِم بِالمَشهُودِ عَليهِ سِترًا عَليهِ. وَأَوَّلُوا كَذِبَهُم فِي نَفيِ العِلمِ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطلاقِهِ فِي إِصلاحِ ذَاتِ البَينِ وَهَذَا فِي مَعنَاهُ، فَلا يَثبُتُ الاختِلافُ بِالشَّكِّ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لأَنَّ الأَصل فِي الفِعل العَمدُ فَلا يَلزَمُ العَاقِلةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ قَتَلهُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ) فِيه صَنْعَةُ التَّجْنِيسِ التَّامِّ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ وَيَوْمَ تَقُومُ ٱلسَّاعَةُ يُقْسِمُ ٱلْمُجْرِمُونَ مَا لَبِثُواْ غَيْرَ سَاعَةٍ ﴾ [الروم: ٥٥] الأَوَّلُ بِمَعْنَى الإِبْهَامِ وَالثَّانِي بِمَعْنَى الصَّنِيعِ وَهُوَ الإِحْسَانُ، وَهُوَ فِي الحَقِيقَة جَوَابٌ عَمَّا يَرِدُ عَلى وَجْه الاسْتِحْسَان، وَهُوَ أَنْ يُقَال: الشُّهُودُ فِي قَوْلهِمْ لا نَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلهُ إِمَّا صَادِقُونَ أَوْ كَاذِبُونَ لِعَدَمِ الوَاسِطَة بَيْنَ الصِّدْقِ وَالكَذِب، وَعَلى كلا التَّقْدِيرَيْنِ يَجِبُ أَنْ لا تُقْبَل شَهَادَتُهُمْ، لأَنَّهُمْ إِنْ صَدَقُوا امْتَنَعَ القَضَاءُ بِهَا لاخْتِلافِ مُوجَبِ السَّيْفِ وَالعَصَا، وَإِنْ كَذَبُوا فَكَذَلكَ لأَنَّهُمْ صَارُوا فَسَقَةً. وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّهُمْ جُعِلُوا عَالمِينَ بِأَنَّهُ قَتَلهُ بِالسَّيْف، لكِنَّهُمْ بِقَوْلهِمْ لا نَدْرِي اخْتَارُوا حِسْبَةَ السَّتْرِ عَلى القَاتل وَأَحْسَنُوا إِليْه بِالإِحْيَاء وَجُعِل كَذِبُهُمْ هَذَا مَعْفُوًّا عِنْدَ اللَّه لِمَا جَاءَ فِي الحَدِيثِ «**لَيْسَ كَذَّابٌ مَنْ يُصْلِحُ بَيْنَ اثْنَيْنِ**» فَبِتَأْوِيلهِمْ كَذِبُهُمْ بِهَذَا لَمْ

يَكُونُوا فَسَقَةً فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ (وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلاقِهِ) أَيْ بِتَجْوِيزِ الكَذِبِ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ) أَيْ سَتْرُ الشَّاهِدِ عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ فِي مَعْنَى إِصْلاحِ ذَاتِ البَيْنِ بِجَامِعِ أَنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ هَاهُنَا، كَمَا أَنَّ الإِصْلاحَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ هُنَالِكَ، فَكَانَ وُرُودُ الحَدِيثِ هُنَالِكَ وُرُودًا هَاهُنَا، وَقَوْلُهُ (فَلا يَثْبُتُ الاخْتِلافُ بِالشَّكِّ) يَعْنِي إِذَا احْتُمِلَ أَنْ يَكُونُوا عَالِمِينَ وَأَجْمَلُوا وَاحْتُمِلَ أَنْ لا يَكُونُوا كَذَلِكَ وَقَعَ الشَّكُّ، وَالاخْتِلافُ لا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ (وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لأَنَّ الأَصْلَ فِي الفِعْلِ العَمْدُ فَلا يَلزَمُ العَاقِلَةَ).

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنَّهُ قَتَل فُلانًا فَقَال الوَلِيُّ: قَتَلتُمَاهُ جَمِيعًا فَلهُ أَن يَقتُلهُمَا، وَإِن شَهِدُوا عَلى رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَل فُلانًا وَشَهِدَ آخَرُونَ عَلى آخَرَ بِقَتلِهِ وَقَال الوَلِيُّ: قَتَلتُمَاهُ جَمِيعًا بَطَل ذَلكَ كُلُّهُ) وَالفَرقُ أَنَّ الإِقرَارَ وَالشَّهَادَةَ يَتَنَاوَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا وُجُودَ كُلِّ القَتل وَوُجُوبَ القِصَاصِ، وَقَد حَصَل التَّكذِيبُ فِي الأُولى مِن المُقرِّ لهُ وَفِي الثَّانِيَةِ مِن المَشهُودِ لهُ، غَيرَ أَنَّ تَكذِيبَ المُقرِّ لهُ المُقرَّ فِي بَعضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لا يُبطِلُ إِقرَارَهُ فِي البَاقِي، وَتَكذِيبُ المَشهُودِ لهُ الشَّاهِدَ فِي بَعضِ مَا شَهِدَ بِهِ يُبطِلُ شَهَادَتَهُ أَصلا، لأَنَّ التَّكذِيبَ تَفسِيقٌ وَفِسقُ الشَّاهِدِ يَمنَعُ القَبُول، أَمَّا فِسقُ المُقرِّ لا يَمنَعُ صِحَّةَ الإِقرَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلانِ إلخ) مَسْأَلَتَانِ مَبْنَاهُمَا عَلَى أَنَّ تَكْذِيبَ المَقَرِّ لَهُ المُقِرَّ فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي البَاقِي، فَإِنَّ مَنْ أَقَرَّ بِأَلفِ دِرْهَمٍ وَصَدَّقَهُ المَقَرُّ لَهُ فِي النِّصْفِ وَكَذَّبَهُ فِي النِّصْفِ يَصِحُّ الإِقْرَارُ فِيمَا صَدَّقَهُ، وَتَكْذِيبُ المَشْهُودِ لَهُ الشَّاهِدَ فِي بَعْضِ مَا يَشْهَدُ بِهِ يُبْطِلُ شَهَادَتَهُ أَصْلا لِكَوْنِهِ تَفْسِيقًا لَهُ، وَفِسْقُ الشَّاهِدِ يَمْنَعُ القَبُولَ، بِخِلافِ فِسْقِ المُقِرِّ وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لأَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَهُ فِي كُلِّ مَا أَقَرَّ بِهِ بَطَلَ الإِقْرَارُ لأَنَّهُ رَدٌّ لإِقْرَارِهِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ المَقَرُّ لَهُ بَدَلَ قَوْلِهِ قَتَلتُمَاهُ صَدَقْتُمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ وَاحِدًا مِنْهُمَا لأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ صَدَقْتُمَا مَعْنَى قَوْلِهِ صَدَقْتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَمَعْنَاهُ أَنْتَ قَتَلتَ وَحْدَكَ وَفِي ذَلِكَ تَكْذِيبُ الآخَرِ فِي الجَمِيعِ وَهُوَ تَكْذِيبٌ لَهُمَا.

باب في اعتبار حالة القتل

قَال: (وَمَن رَمَى مُسلمًا فَارتَدَّ المَرمِيُّ إليهِ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهمُ فَعَلى الرَّامِي الدِّيَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لا شَيءَ عَليهِ) لأَنَّهُ بِالارتِدَادِ أَسقَطَ تَقَوُّمَ نَفسِهِ فَيَكُونُ مُبرِئًا للرَّامِي عَن مُوجِبِهِ كَمَا إِذَا أَبرَأَهُ بَعدَ الجُرحِ قَبلَ المَوتِ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعلِهِ وَهُوَ الرَّميُ إذ لا فِعلَ مِنهُ بَعدُ فَتُعتَبَرُ حَالَةُ الرَّميِ وَالمَرمِيُّ إليهِ فِيهَا مُتَقَوِّمٌ. وَلِهَذَا تُعتَبَرُ حَالَةُ الرَّميِ فِي حَقِّ الحِلِّ حَتَّى لا يَحرُمَ بِرِدَّةِ الرَّامِي بَعدَ الرَّميِ، وَكَذَا فِي حَقِّ التَّكفِيرِ حَتَّى جَازَ بَعدَ الجُرحِ قَبلَ المَوتِ. وَالفِعلُ وَإِن كَانَ عَمدًا فَالقَوَدُ سَقَطَ لِلشُّبهَةِ وَوَجَبَت الدِّيَةُ.

الشرح:

(**بَابٌ فِي اعتِبَارِ حَالَةِ القَتلِ**): لَمَّا كَانَتْ الأَحْوَالُ صِفَات لِذَوِيهَا ذَكَرَهَا بَعْدَ ذِكْرِ نَفْسِ القَتْلِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ (**وَمَنْ رَمَى مُسْلمًا فَارْتَدَّ الْمَرْمِيُّ إِلَيْه وَالعِيَاذُ بِاللَّه ثُمَّ وَقَعَ بِه السَّهْمُ** فَعَلى الرَّامِي الدِّيَةُ لِوَرَثَةِ المُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لا شَيْءَ عَلَيْه لأَنَّهُ بِالارْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقَوُّمَ نَفْسِه وَذَلِكَ إِبْرَاءٌ لِلضَّامِنِ) لأَنَّ مَنْ أَخْرَجَ المُتَقَوِّمَ عَنْ التَّقَوُّمِ سَقَطَ حَقُّهُ كَالمَغْصُوبِ مِنْهُ إِذَا أَعْتَقَ المَغْصُوبَ فَإِنَّهُ صَارَ مُبَرِّئًا لِلغَاصِبِ عَنْ الضَّمَانِ بِإِسْقَاطِ حَقِّه وَصَارَ بِه مُبَرِّئًا (كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ) أَيْ الرَّامِي عَنْ الجِنَايَةِ أَوْ حَقِّه (بَعْدَ الجَرْحِ) أَيْ انْعِقَادِ سَبَبِه وَهُوَ الرَّامِي قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ السَّهْمُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعْلِه وَهُوَ الرَّمْيُ إِذْ لا فِعْلَ مِنْهُ بَعْدَهُ) وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَالمُعْتَبَرُ فِيه وَقْتُ الفِعْلِ كَالغَصْبِ (فَيُعْتَبَرُ حَالَةَ الرَّمْيِ وَالمَرْمِيُّ إِلَيْه فِيهَا مُتَقَوِّمٌ) وَاسْتَوْضَحَ اعْتِبَارَ وَقْتِ الرَّمْيِ بِمَا إِذَا رَمَى صَيْدًا ثُمَّ ارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللَّه ثُمَّ أَصَابَ فَإِنَّ رِدَّتَهُ بَعْدَ الرَّمْيِ لا تَحْرُمُ لأَنَّ فِعْلَهُ ذَكَاةٌ شَرْعًا وَقَدْ تَمَّ مُوجِبًا لِلحِلِّ بِشَرْطِه وَهُوَ التَّسْمِيَةُ، وَبِمَا إِذَا كَانَتْ الجِنَايَةُ خَطَأً فَكَفَّرَ بَعْدَ الرَّمْيِ قَبْلَ الإِصَابَةِ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ، وَهَذِه العِبَارَةُ أَنْسَبُ مِمَّا قَالَهُ المُصَنِّفُ حَتَّى جَازَ بَعْدَ الجَرْحِ قَبْلَ المَوْتِ لإِمْكَانِ اعْتِبَارِ وَقْتِ الإِصَابَةِ هُنَاكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِنْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِه وَالفِعْلُ عَمْدٌ فَالوَاجِبُ القِصَاصُ. أَجَابَ بِقَوْلِه (وَالفِعْلُ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَالقَوَدُ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) يَعْنِي الشُّبْهَةَ النَّاشِئَةَ مِنْ اعْتِبَارِ حَالَةِ الإِصَابَةِ (وَوَجَبَتْ الدِّيَةُ) أَيْ فِي مَالِه، وَلَوْ كَانَتْ المَسْأَلَةُ بِالعَكْسِ فَلا شَيْءَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

(وَلو رَمَى إليهِ وَهُوَ مُرتَدٌّ فَأَسلمَ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهمُ فَلا شَيءَ عَليهِ فِي قَولِهِم جَمِيعًا، وَكَذَا إذَا رَمَى حَربِيًّا فَأَسلمَ) لأنَّ الرَّميَ مَا انعقَدَ مُوجِبًا للضَّمَانِ لعدَمِ تَقوُّمِ المَحلِّ فَلا يَنقَلِبُ مُوجِبًا لصَيرُورَتِهِ مُتَقوِّمًا بَعدَ ذَلك.

الشرح:

(وَكَذَا إذَا رَمَى حَرْبِيًّا فَأَسْلَمَ) ثُمَّ وَقَعَ بِه السَّهْمُ (لأَنَّ الرَّمْيَ مَا انْعَقَدَ مُوجبًا للضَّمَانِ لعَدَمِ تَقَوُّمِ المَحَلِّ فَلا يَنْقَلِبُ مُوجبًا لصَيْرُورَته مُتَقَوِّمًا بَعْدَ ذَلكَ) وَنُوقضَ بمَا إذَا رَمَى إلَى صَيْد فِي الحِلِّ فَدَخَلَ الحَرَمَ ثُمَّ أَصَابَهُ السَّهْمُ فَمَاتَ وَجَبَ الجَزَاءُ عَلَى الرَّامِي. وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَزَاءَ صَيْدِ الحَرَمِ لا يَخْتَصُّ بِالفِعْلِ وَلِهَذَا يَجِبُ بِدَلالَةِ المُحْرِمِ وَإِشَارَتِهِ وَهَذَا لا يَكُونُ أَقَلَّ مِنْ ذَلكَ.

قَال: (وَإِن رَمَى عَبدًا فَأَعتَقَهُ مَولاهُ ثُمَّ وَقَعَ السَّهمُ بِهِ فَعَليهِ قِيمَتُهُ للمَولى) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: عَليهِ فَضلُ مَا بَينَ قِيمَتِهِ مَرمِيًّا إلى غَيرِ مَرمِيٍّ، وَقَولُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَول أَبِي حَنِيفَةَ. لهُ أَنَّ العِتقَ قَاطِعٌ للسِّرَايَةِ، وَإِذَا انقَطَعَت بَقِيَ مُجَرَّدُ الرَّميِ وَهُوَ جِنَايَةٌ يَنتَقِصُ بِهَا قِيمَةُ المَرمِيِّ إليهِ بِالإِضَافَةِ إلى مَا قَبل الرَّمي فَيَجِبُ ذَلك. وَلهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلا مِن وَقتِ الرَّمي لأنَّ فِعلهُ الرَّميَ وَهُوَ مَملُوكٌ فِي تِلكَ الحَالةِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ، بِخِلافِ القَطعِ وَالجُرحِ لأنَّهُ إتلافُ بَعضِ المَحلِّ، وَأَنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ للمَولى، وَبَعدَ السِّرَايَةِ لو وَجَبَ شَيءٌ لوَجَبَ للعَبدِ فَتَصِيرُ النِّهَايَةُ مُخَالفَةً للبِدَايَةِ. أَمَّا الرَّميُ قَبل الإِصَابَةِ ليسَ بِإِتلافِ شَيءٍ مِنهُ لأنَّهُ لا أَثَرَ لهُ فِي المَحَلِّ. وَإِنَّمَا قَلَّت الرَّغَبَاتُ فِيهِ فَلا يَجِبُ بِهِ ضَمَانٌ فَلا تَتَخَالفُ النِّهَايَةُ وَالبِدَايَةُ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ للمَولى. وَزُفَرُ وَإِن كَانَ يُخَالفُنَا فِي وُجُوبِ القِيمَةِ نَظَرًا إلى حَالةِ الإِصَابَةِ فَالحُجَّةُ عَليهِ مَا حَقَقنَاهُ.

الشرح:

(وَإِنْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلاهُ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَعَلَيْه قِيمَتُهُ للمَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: عَلَيْه فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَته مَرْمِيًّا إلَى غَيْر مَرْمِيٍّ) حَتَّى لوْ كَانَتْ قيمَتُهُ قَبْل الرَّمْي أَلفَ درْهَمٍ وَبَعْدَهُ ثَمَانمائَة درْهَمٍ لزمَهُ مائَتَا درْهَمٍ، لأَنَّ العتْقَ قَاطعٌ للسِّرَايَة لاشْتبَاه مَنْ لهُ الحَقُّ، لأَنَّ المُسْتَحقَّ حَال ابْتدَاء الجنَايَة المَوْلَى وَحَال الإِصَابَة العَبْدُ لحُرِّيَّته، فَصَارَ العتْقُ بمَنْزِلة البُرْء كَمَا إذَا قَطَعَ يَدَ عَبْد أَوْ

جَرَحَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ المَوْلى ثُمَّ سَرَى فَإِنَّ العِتْقَ يَقْطَعُ السِّرَايَةَ حَتَّى لا يَجِبَ بَعْدَ العِتْقِ شَيْءٌ مِنْ الدِّيَةِ وَالقِيمَةِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ النُّقْصَانَ. وَإِذَا انْقَطَعَتْ السِّرَايَةُ بَقِيَ مُجَرَّدُ الرَّمْيِ وَهِيَ جِنَايَةٌ تَنْتَقِصُ بِهَا قِيمَةُ المَرْمِيِّ إِلَيْهِ بِالإِضَافَةِ إِلى مَا قَبْلَ الرَّمْيِ فَيَجِبُ ذَلِكَ: أَيْ فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَتِه مَرْمِيًّا إِلى غَيْرِ مَرْمِيٍّ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلا إِلى آخِرِ مَا فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ عَلى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ يَحْتَاجُ إِلى الفَرْقِ بَيْنَ هَذِه وَبَيْنَ مَا إِذَا رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاَللَّه قَبْلَ الإِصَابَةِ حَيْثُ اُعْتُبِرَ هُنَاكَ حَالَةَ الإِصَابَةِ وَهَاهُنَا حَالَةَ الرَّمْيِ، وَهُوَ أَنَّ المَرْمِيَّ إِلَيْهِ خَرَجَ بِالارْتِدَادِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا وَالضَّمَانُ يَعْتَمِدُ العِصْمَةَ فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالمُنَافِي.

وَأَمَّا الإِعْتَاقُ فَإِنَّهُ لا يُنَافِي العِصْمَةَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ قِيمَتِه لِلمَوْلى، وَمِنْ هَذَا يُعْلَمُ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَعْتَبِرُ وَقْتَ الرَّمْيِ إِلا فِي صُورَةِ الارْتِدَادِ (وَقَوْلُهُ بِخِلافِ القَطْعِ وَالجَرْحِ) جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرْنَا لِمُحَمَّدٍ مِنْ صُورَةِ الجَرْحِ وَالقَطْعِ اسْتِشْهَادًا عَلى قَطْعِ السِّرَايَةِ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ العِتْقَ فِيهِمَا يُوجِبُ قَطْعَ السِّرَايَةِ لاخْتِلافِ نِهَايَةِ الجِنَايَةِ وَبِدَايَتِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تَبَدُّلِ المَحَلِّ وَلا نُسَلِّمُ تَحَقُّقَهُ فِي المُتَنَازَعِ فِيه، لأَنَّ الرَّمْيَ قَبْلَ الإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِتْلافِ شَيْءٍ مِنْهُ لِعَدَمِ أَثَرٍ مِنْهُ فِي المَحَلِّ، وَإِنَّمَا تَقِلُّ بِه الرَّغَبَاتُ فَلَمْ يُخَالِفْ الانْتِهَاءُ الابْتِدَاءَ، فَتَجِبُ قِيمَتُهُ لِلمَوْلى. وَزُفَرُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي وُجُوبِ القِيمَةِ يَعْنِي وَيَقُولُ بِالدِّيَةِ نَظَرًا إِلى حَالَةِ الإِصَابَةِ فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا حَقَّقْنَاهُ، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ إلخ، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ

قَالَ: (**وَمَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ فَرَمَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ ثُمَّ وَقَعَ بِه الحَجَرُ** فَلا شَيْءَ عَلى الرَّامِي) لأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالَةُ الرَّمْيِ وَهُوَ مُبَاحُ الدَّمِ فِيهَا.

(**وَإِذَا رَمَى المَجُوسِيُّ صَيْدًا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَتْ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ** لَمْ يُؤْكَلِ، وَإِنْ **رَمَاهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ثُمَّ تَمَجَّسَ وَالعِيَاذُ بِاَللَّه** أُكِلَ) لأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ وَالحُرْمَةِ إِذْ الرَّمْيُ هُوَ الذَّكَاةُ فَتُعْتَبَرُ الأَهْلِيَّةُ وَانْسِلابُهَا عِنْدَهُ.

(**وَلَوْ رَمَى المُحْرِمُ صَيْدًا ثُمَّ حَلَّ فَوَقَعَتْ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ** فَعَلَيْهِ الجَزَاءُ، **وَإِنْ رَمَى حَلالٌ صَيْدًا ثُمَّ أَحْرَمَ** فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ) لأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّعَدِّي وَهُوَ رَمْيُهُ فِي حَالَةِ الإِحْرَامِ، وَفِي الأَوَّلِ هُوَ مُحْرِمٌ وَقْتَ الرَّمْيِ وَفِي الثَّانِي حَلالٌ فَلِهَذَا افْتَرَقَا والله أعلم بالصواب.

كتاب الديات

قَال (وَفِي شِبهِ العَمدِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ على العَاقِلَةِ وَكَفَّارَةٌ على القَاتِل) وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الجِنَايَاتِ. قَال: (وَكَفَّارَتُهُ عِتقُ رَقَبَةٍ مُؤمِنَةٍ) لقَولهِ تَعَالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢] ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾ **بِهَذَا النَّصِّ (وَلا يُجزِئُ فِيهِ الإِطعَامُ) لأَنَّهُ لم يَرِد بِهِ نَصٌّ وَالمَقَادِيرُ تُعرَفُ بِالتَّوقِيفِ، وَلأَنَّهُ جَعَل المَذكُورَ كُلَّ الوَاجِبِ بِحَرفِ الفَاءِ، أَو لكَونِهِ كُلَّ المَذكُورِ على مَا عُرِفَ (وَيُجزِئُهُ رَضِيعٌ أَحَدِ أَبَوَيهِ مُسلمٌ) لأَنَّهُ مُسلمٌ بِهِ وَالظَّاهِرُ بِسَلامَةِ أَطرَافِهِ (وَلا يُجزِئُ مَا فِي البَطنِ) لأَنَّهُ لا تُعرَفُ حَيَاتُهُ وَلا سَلامَتُهُ.**

الشرح:

(**كِتَابُ الدِّيَاتِ**): ذِكْرُ الدِّيَات بَعْدَ الجِنَايَات ظَاهِرُ المُنَاسَبَة لمَا أَنَّ الدِّيَةَ إِحْدَى مُوجَبَيْ الجِنَايَةِ المَشْرُوعَيْنِ للصِّيَانَة، لكنَّ القِصَاصَ أَشَدُّ صِيَانَةً فَقُدِّمَ، وَمَحَاسِنُهَا مَحَاسِنُ القِصَاصِ، وَالدِّيَةُ مَصْدَرٌ منْ وَدَى القَاتلُ المَقْتُول إِذَا أَعْطَى وَلِيَّهُ المَال الَّذي هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ كَالعِدَة منْ وَعَدَ. قَال (**وَفِي شِبْه العَمْد دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ**) شِبْهُ العَمْد قَدْ تَقَدَّمَ مَعْنَا. وَحُكْمُهُ الدِّيَةُ المُغَلَّظَةُ عَلى العَاقلة وَكَفَّارَةٌ عَلى القَاتل، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّل الجنَايَات (وَكَفَّارَتُهُ عِتْقُ رَقَبَة مُؤْمنَة لقَوْله تَعَالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ إلى قَوْله تَعَالى ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾، وَهُوَ نَصٌّ كَوْنَهَا بالتَّحْرِير أَوْ الصَّوْم فَقَطْ (فَلا يُجْزِئُ فيه الإِطْعَامُ لأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ به نَصٌّ، وَالمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بالتَّوْقيف) وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ جَعَل المَذْكُورَ كُلَّ الوَاجب) اسْتدْلالٌ منْ الآيَة بوَجْهَيْن آخَرَيْن: أَحَدُهُمَا بالنَّظَر إلى الفَاء، وَذَلكَ لأَنَّ الوَاقعَ بَعْدَ فَاء الجَزَاء يَجبُ أَنْ يَكُونَ كُلَّ الجَزَاء، إذْ لوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلكَ لالتَبَسَ فَلا يُعْلمُ أَنَّهُ هُوَ الجَزَاءُ أَوْ بَقِيَ منْهُ شَيْءٌ وَمثْلُهُ مُخلٌّ أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ قَال لامْرَأَته إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالقٌ وَفي نِيَّته أَنْ يَقُول وَعَبْدي حُرٌّ وَلكنَّهُ لَمْ يَقُل لا يَكُونُ الجَزَاءُ إلا المَذْكُورَ لئَلا يَخْتَلَّ الفَهْمُ وَالآخَرُ بالنَّظَر إلى المَذْكُور: يَعْني لوْ كَانَ الغَيْرُ مُرَادًا لذَكَرَهُ لأَنَّهُ مَوْضعُ الحَاجَة إلى البَيَان، وَالسُّكُوتُ في مَوْضع الحَاجَة إلى البَيَان بَيَانٌ (عَلى مَا عُرفَ) يَعْني في أُصُول الفقْه (وَيَجْزيه رَضيعٌ أَحَدُ أَبَوَيْه مُسْلمٌ) لأَنَّ شَرْطَ هَذَا الإِعْتَاق الإِسْلامُ وَسَلامَةُ الأَطْرَاف، وَالأَوَّلُ يَحْصُلُ بإسْلامِ أَحَد الأَبَوَيْنِ وَالثَّاني

بِالظُّهُورِ، إِذْ الظَّاهِرُ سَلامَةُ أَطْرَافِهِ، وَلا يَجْزِيهِ مَا فِي البَطْنِ لأَنَّهُ لَمْ تُعْرَفْ حَيَاتُهُ وَلا سَلامَتُهُ.

قَال (وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) لِمَا تَلوناهُ (وَدِيَتُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِن الإِبِل أَربَاعًا: خَمسٌ وَعِشرُونَ بِنتَ مَخَاضٍ، وَخَمسٌ وَعِشرُونَ بِنتَ لبُونٍ، وَخَمسٌ وَعِشرُونَ حِقَّةً، وَخَمسٌ وَعِشرُونَ جَذَعَةً) وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ أَثلاثًا: ثَلاثُونَ جَذَعَةً وَثَلاثُونَ حِقَّةً، وَأَربَعُونَ ثَنِيَّةً، كُلُّهَا خَلفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَولادُهَا، لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَلا إنَّ قَتِيل خَطَإِ العَمدِ قَتِيلُ السَّوطِ وَالعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِن الإِبِل أَربَعُونَ مِنهَا فِي بُطُونِهَا أَولادُهَا»[1] وَعَن عُمَرَ ﷺ: ثَلاثُونَ حِقَّةً وَثَلاثُونَ جَذَعَةً، وَلأَنَّ دِيَةَ شِبهِ العَمدِ أَغلظُ وَذَلكَ فِيمَا قُلنَا. وَلهُمَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «فِي نَفسِ المُؤمِنِ مِائَةٌ مِن الإِبِل»[2] وَمَا رَوَيَاهُ غَيرُ ثَابِتٍ لاختِلافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم فِي صِفَةِ التَّغلِيظِ، وَابنُ مَسعُودٍ ﷺ قَال بِالتَّغلِيظِ أَربَاعًا كَمَا ذَكَرنَا وَهُوَ كَالمَرفُوعِ فَيُعَارِضُ بِهِ. قَال (وَلا يَثبُتُ التَّغلِيظُ إلا فِي الإِبِل خَاصَّةً) لأَنَّ التَّوقِيفَ فِيهِ، فَإِن قَضَى بِالدِّيَةِ فِي غَيرِ الإِبِل لم تَتَغَلَّظ لمَا قُلنَا.

الشرح:

قَال (وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَأِ لِمَا تَلوْنَا) يَعْنِي قَوْله تَعَالى ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] (وَدِيَتُهُ) أَيْ دِيَةُ شِبْه العَمْدِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِنْ الإِبِل أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَلَمْ يَذْكُرْ فِي بَعْضِ نُسَخِ الهِدَايَةِ قَوْل أَبِي يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ مُخَالفٌ لرِوَايَةِ عَامَّةِ الكُتُبِ (وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: ثَلاثُونَ جَذَعَةً، وَثَلاثُونَ حِقَّةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً كُلُّهَا خَلفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَوْلادُهَا) وَالخَلفَاتُ جَمْعُ خَلفَة: وَهِيَ الحَوَامِلُ مِنْ النُّوقِ، فَقَوْلُهُ فِي بُطُونِهَا أَوْلادُهَا صِفَةٌ كَاشِفَةٌ، وَالضَّمِيرُ فِي كُلِّهَا للثَّنِيَّةِ، وَاسْتَدَلا بِقَوْله ﷺ **«أَلا إنَّ قَتِيل خَطَإِ العَمْدِ قَتِيل السَّوْطِ وَالعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنْ الإِبِل أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بُطُونِهَا أَوْلادِهَا»**.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(وَلأَنَّ دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ أَغْلَظُ) يَعْنِي مِنْ دِيَةِ الخَطَأِ المَحْضِ، فَإِنَّ الإِبل فِيه تَجِبُ أَخْمَاسًا (وَذَلِكَ) أَيْ كَوْنُهُ أَغْلَظَ (فِيمَا قُلنَا) لأَنَّا نَقُولُ أَثْلاثًا وَأَنْتُمْ تَقُولُونَ أَرْبَاعًا (وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ قَوْلُهُ ﷺ «**فِي نَفْسِ المُؤْمِنِ مِائَةٌ مِنْ الإِبِلِ**») وَوَجْهُ الاسْتِدْلال بِه أَنَّ الثَّابِتَ مِنْهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَلَيْسَ فِيه دَلالَةٌ عَلى صِفَةٍ مِنْ التَّغْلِيظ وَلا بُدَّ مِنْهُ بِالإِجْمَاعِ، وَمَا رَوَيَاهُ غَيْرُ ثَابِتٍ لاخْتِلاف الصَّحَابَة فِي صِفَةِ التَّغْلِيظ، فَإِنَّ عُمَرَ وَزَيْدًا وَغَيْرَهُمَا قَالُوا مِثْل مَا قَالا، وَقَال عَلِيٌّ: تَجِبُ أَثْلاثًا ثَلاثٌ وَثَلاثُونَ حِقَّةً، وَثَلاثٌ وَثَلاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعٌ وَثَلاثُونَ خَلِفَةً. وَقَال ابْنُ مَسْعُودٍ بِمِثْلِ مَا قُلنَا أَرْبَاعًا، وَالرَّأْيُ لا مَدْخَل لهُ فِي التَّقَادِيرِ فَكَانَ كَالمَرْفُوعِ وَيَصِيرُ مُعَارِضًا لِمَا رَوَيَاهُ، وَإِذَا تَعَارَضَا كَانَ الأَخْذُ بِالمُتَيَقَّنِ أَوْلى.

وَقَوْلُهُ (وَلا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إلا فِي الإِبِل خَاصَّةً) يَعْنِي لا يُزَادُ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ عَلى عَشَرَةِ الأَلف دِرْهَمٍ أَوْ أَلفِ دِينَارٍ.

وَقَال سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ: تُغَلَّظُ فِي النَّوْعَيْنِ الآخَرَيْنِ: أَيْ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بِأَنْ يُنْظَرَ إلى قِيمَةِ أَسْنَانِ الإِبِل فِي دِيَةِ الخَطَأِ وَإِلى قِيمَةِ أَسْنَانِ الإِبِل فِي شِبْه العَمْدِ، فَمَا زَادَ عَلى أَسْنَانِ دِيَةِ الخَطَأِ يُزَادُ عَلى عَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ إنْ كَانَ الرَّجُلُ مِنْ أَهْل الوَرِقِ، وَيُزَادُ عَلى أَلفِ دِينَارٍ إنْ كَانَ مِنْ أَهْل الذَّهَبِ، لأَنَّ التَّغْلِيظَ فِي شِبْه العَمْدِ شُرِعَ فِي الإِبِل بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وُجِدَتْ مِنْهُ وَلَمْ تُوجَدْ فِي الخَطَأِ وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الحَجَرَيْنِ فَيَجِبُ التَّغْلِيظُ فِيهِمَا. وَلنَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ التَّغْلِيظَ فِي الإِبِل ثَبَتَ تَوْقِيفًا فَلا يَثْبُتُ فِي غَيْرِه قِيَاسًا لأَنَّهُ يَأْبَى التَّغْلِيظَ، لأَنَّ عَمْدَ الإِتْلافِ وَخَطَأَهُ فِي بَابِ الغُرْمِ سَوَاءٌ، وَلا دَلالةَ لِئَلا يَبْطُل المِقْدَارُ الثَّابِتُ بِصَرِيحِ النَّصِّ بِالدَّلالة. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه لأَنَّ التَّوْقِيفَ فِيه.

قال (وَقَتلُ الخَطَإِ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلى العَاقِلةِ وَالكفَّارَةُ عَلى القَاتِل) لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبلُ.

قَال: (وَالدِّيَةُ فِي الخَطَإِ مِائَةٌ مِن الإِبِل أَخمَاسًا عِشرُونَ بِنتَ مَخَاضٍ وَعِشرُونَ بِنتَ لبُونٍ وَعِشرُونَ ابنَ مَخَاضٍ وَعِشرُونَ حِقَّةً وَعِشرُونَ جَذَعَةً) وَهَذَا قَولُ ابنِ مَسعُودٍ ﷺ، وَأَخَذنَا نَحنُ وَالشَّافِعِيُّ بِهِ لِرِوَايَتِهِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي قَتِيلٍ قُتِل خَطَأً أَخمَاسًا»[1]

(١) أخرجه أبو داود في الديات (٤٥٥١)، وانظر نصب الراية (٥/١٢٤).

عَلَى نَحوِ مَا قَال، وَلأنَّ مَا قُلنَاهُ أَخَفُّ فَكَانَ أَلْيَقَ بِحَالَةِ الخَطَإِ لأنَّ الخَاطِئَ مَعذُورٌ، غَيرَ أَنَّ عِندَ الشَّافِعِيِّ يَقضِي بِعِشرِينَ ابنَ لبُونٍ مَكَانَ ابنِ مَخَاضٍ وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا رَوَينَاهُ. قَال (وَمِن العَينِ أَلفُ دِينَارٍ وَمِن الوَرِقِ عَشَرَةُ آلافِ دِرهَمٍ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: مِن الوَرِقِ اثنَا عَشَرَ أَلفًا لِمَا رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَضَى بِذَلكَ. وَلنَا مَا رُوِيَ عَن عُمَرَ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَضَى بِالدِّيَةِ فِي قَتِيلٍ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرهَمٍ». وَتَأوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ قَضَى مِن دَرَاهِمَ كَانَ وَزنُهَا وَزنَ سِتَّةٍ وَقَد كَانَت كَذَلكَ. قَال (وَلا تَثبُتُ الدِّيَةُ إلا مِن هَذِهِ الأَنوَاعِ الثَّلاثَةِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا مِنهَا وَمِن البَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِن الغَنَمِ أَلفَا شَاةٍ، وَمِن الحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ كُلُّ حُلَّةٍ ثَوبَانِ). لأنَّ عُمَرَ ﷺ هَكَذَا جَعَلَ عَلَى أَهلِ كُلِّ مَالٍ مِنهَا. وَلَهُ أَنَّ التَّقدِيرَ إنَّمَا يَستَقِيمُ بِشَيءٍ مَعلُومِ المَالِيَّةِ، وَهَذِهِ الأَشيَاءُ مَجهُولَةُ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا لا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانٌ، وَالتَّقدِيرُ بِالإِبِلِ عُرِفَ بِالآثَارِ المَشهُورَةِ وَعَدِمنَاهَا فِي غَيرِهَا. وَذُكِرَ فِي المَعَاقِلِ أَنَّهُ لو صَالحَ عَلَى الزِّيَادَةِ عَلى مِائَتَي حُلَّةٍ أَو مِائَتَي بَقَرَةٍ لا يَجُوزُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقدِيرِ بِذَلكَ. ثُمَّ قِيلَ: هُوَ قَولُ الكُلِّ فَيَرتَفِعُ الخِلافُ، وَقِيلَ هُوَ قَولُهُمَا خَاصة.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ الجِنَايَاتِ. قَالَ (وَالدِّيَةُ فِي الخَطَأِ مِائَةٌ مِنْ الإِبِلِ أَخْمَاسًا) قِيلَ مَنْصُوبٌ بِإِضْمَارِ كَانَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالا مِنْ الضَّمِيرِ الَّذِي فِي قَوْلِهِ فِي الخَطَأِ، وَقَدْ أَجْمَعَتْ الصَّحَابَةُ عَلَى المِائَةِ لَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي سِنِّهَا، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً وَعِشْرُونَ جَذَعَةً. وَبِهِ أَخَذْنَا نَحْنُ وَالشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ قَضَى فِي قَتِيلٍ قُتِلَ خَطَأً أَخْمَاسًا» عَلَى نَحْوِ مَا قَالَ بِهِ ابْنُ مَسْعُودٍ.

وَعَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ أَوْجَبَ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَالمَقَادِيرُ لا تُعْرَفُ إلا سَمَاعًا لَكِنَّ مَا قُلْنَا أَخَفُّ وَكَانَ أَوْلَى بِحَالِ الخَطَأِ لِأَنَّ الخَاطِئَ مَعْذُورٌ (قَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَبِهِ أَخَذْنَا وَالشَّافِعِيُّ: يَعْنِي أَنَّهُ يَقْضِي بِعِشْرِينَ ابْنَ لَبُونٍ مَكَانَ ابْنِ مَخَاضٍ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَلْيَقُ بِحَالِ الخَطَأِ (وَقَوْلُهُ وَمِنْ العَيْنِ) يَعْنِي

الذَّهَبِ (أَلفُ دِينَارٍ وَمِنْ الوَرِقِ عَشَرَةُ آلاف دِرْهَمٍ) يَعْنِي وَزْنَ سَبْعَة.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: مِنْ الوَرِقِ: أَيْ الفِضَّة اثْنَا عَشَرَ أَلفًا، لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِذَلِكَ. وَلنَا أَنَّ عُمَرَ ﷺ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ قَضَى بِالدِّيَة فِي قَتِيلٍ بِعَشَرَة آلاف دِرْهَمٍ » فَتَعَارَضَا فَيَحْتَاجُ إلى تَأْوِيلٍ، وَذَكَرَ المُصَنِّفُ تَأْوِيل مَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ قَضَى مِنْ دَرَاهِمَ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّة، وَقَدْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ كَذَلِكَ إلى عَهْدِ عُمَرَ ﷺ فَأَبْطَل عُمَرُ ذَلِكَ الوَزْنَ. وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَال: رَوَى عُمَرُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِعَشَرَة آلاف دِرْهَمٍ » ثُمَّ قَال: وَقَدْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ كَذَلِكَ: يَعْنِي إلى عَهْدِ عُمَرَ وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّ وَزْنَ سِتَّة يَزِيدُ عَلَيْه اثْنَيْ عَشَرَ أَلفًا فَلا يَكُونُ التَّأْوِيلُ كَذَلِكَ صَحِيحًا. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ المَنْقُول كَانَ فِي ابْتِدَاءِ عَهْد رَسُول اللَّه ﷺ وَزْنُ الدَّرَاهِمِ وَزْنَ سِتَّة ثُمَّ صَارَ وَزْنَ سَبْعَة، وَعَلى هَذَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي آخِرِ عَهْدِه ﷺ يُؤْخَذُ مِنْ الدَّرَاهِمِ وَزْنُ سَبْعَة أَيْضًا وَلا تَنَاقُضَ حِينَئِذ. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ شَيْخَ الإِسْلامِ قَال فِي مَبْسُوطِه: يُحْتَمَلُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ كَانَتْ وَزْنَ سِتَّة إلا شَيْئًا، إلا أَنَّهُ أُضِيفَ الوَزْنُ إلى سِتَّة تَقْرِيبًا.

وَقَوْلُهُ (وَلا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إلا مِنْ هَذه الأَنْوَاعِ الثَّلاثَة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: مِنْهَا) أَيْ مِنْ هَذه الأَنْوَاعِ الثَّلاثَة وَهِيَ الإِبلُ وَالذَّهَبُ وَالفِضَّةُ (وَمِنْ البَقَرِ مِائَتَا بَقَرَة، وَمِنْ الغَنَمِ أَلفَا شَاة، وَمِنْ الحُلل مِائَتَا حُلَّة كُلُّ حُلَّة ثَوْبَان) وَقِيل فِي تَفْسِيرِ ذَلِكَ: قِيمَةُ كُلِّ بَقَرَة خَمْسُونَ دِرْهَمًا، وَقِيمَةُ كُلِّ شَاة خَمْسَةَ دَرَاهِمَ. وَقِيمَةُ كُلِّ حُلَّة خَمْسُونَ دِرْهَمًا، قَال المُصَنِّفُ: كُلُّ حُلَّة ثَوْبَان، قِيل هُمَا إزَارٌ وَرِدَاءٌ هُوَ المُخْتَارُ. قَال فِي النِّهَايَة: وَقِيل فِي دِيَارِنَا قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ. قَال: وَفَائِدَةُ هَذَا الاخْتِلاف إنَّمَا تَظْهَرُ فِيمَا إذَا **صَالحَ القَاتِلُ مَعَ وَلِيِّ القَتِيل عَلى أَكْثَرَ مِنْ مِائَتَيْ بَقَرَة أَوْ غَيْرِهَا** عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ عَلى مَا هُوَ المَذْكُورُ فِي كِتَاب الدِّيَات يَجُوزُ، كَمَا لوْ صَالحَ عَلى أَكْثَرَ مِنْ مِائَتَيْ فَرَسٍ وَعَلى قَوْلهِمَا لا يَجُوزُ كَمَا لوْ صَالحَ عَلى أَكْثَرَ مِنْ مِائَة مِنْ الإِبل.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ عُمَرَ هَكَذَا جَعَل عَلى أَهْل كُلِّ مَالٍ مِنْهَا) قَال أَبُو يُوسُفَ: حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِي ليْلى، عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ عُبَيْدَة السَّلمَانِيِّ قَال: وَضَعَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّاب ﷺ الدِّيَات

عَلى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلفَ دِينَارٍ، وَعَلى أَهْلِ الوَرِقِ عَشَرَةَ آلافِ دِرْهَمٍ، وَعَلى أَهْلِ الإِبلِ مِائَةً مِنْ الإِبلِ، وَعَلى أَهْلِ البَقَرِ مِائَتَيْ بَقَرَةٍ، وَعَلى أَهْلِ الشِّيَاهِ أَلفَيْ شَاةٍ، وَعَلى أَهْلِ الحُللِ مِائَتَيْ حُلَّةٍ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ التَّقْدِيرَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ بِشَيْءٍ مَعْلُومِ المَالِيَّةِ) وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَلِهَذَا لا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانُ شَيْءٍ مِمَّا وَجَبَ ضَمَانُهُ بِالإِتْلافِ أَوْ غَيْرِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَالإِبلُ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالتَّقْدِيرُ بِالإِبلِ عُرِفَ بِالآثَارِ المَشْهُورَةِ) كَمَا رَوَيْنَاهَا (وَعَدِمْنَاهَا فِي غَيْرِهَا) فَإِنْ قِيلَ: فَليَلحَقْ بِهَا دَلالةً. قُلنَا: حَتَّى يَثْبُتَ أَنَّهَا فِي مَعْنَاهَا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ (وَقَوْلُهُ وَذَكَرَ فِي المَعَاقِلِ) أَيْ فِي مَعَاقِلِ المَبْسُوطِ: أَوْرَدَ هَذَا شُبْهَةً عَلى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ قَوْلِهِ وَلا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إلا مِنْ هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلاثَةِ وَوَجْهُ وُرُودِهَا أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي المَعَاقِلِ أَنَّهُ لوْ صَالحَ الوَلِيُّ مِنْ الدِّيَةِ عَلى أَكْثَرَ مِنْ أَلفَيْ شَاةٍ أَوْ عَلى أَكْثَرَ مِنْ مِائَتَيْ بَقَرَةٍ أَوْ عَلى أَكْثَرَ مِنْ مِائَتَيْ حُلَّةٍ لا يَجُوزُ وَلمْ يَذْكُرْ الخِلافَ فِيهِ. وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلى أَنَّ الأَصْنَافَ الثَّلاثَةَ أَيْضًا مِنْ الأُصُولِ المُقَدَّرَةِ فِي الدِّيَةِ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَذَكَرَ الجَوَابَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا يُقَرِّرُ الشُّبْهَةَ وَيَرْفَعُ الخِلافَ، وَلا أَرَى صِحَّتَهُ لأَنَّهُ يُنَاقِضُ رِوَايَةَ كِتَابِ الدِّيَاتِ كَمَا مَرَّ آنِفًا. وَالثَّانِي يَرْفَعُهَا بِحَمْلِ رِوَايَةِ المَعَاقِلِ عَلى أَنَّهَا قَوْلُهُمَا، وَحَمَل بَعْضُ مَشَايِخِنَا عَلى أَنَّ فِي المَسْأَلةِ عَنْهُ رِوَايَتَيْنِ.

قَال: (وَدِيَةُ المَرْأَةِ عَلى النِّصفِ مِن دِيَةِ الرَّجُلِ) وَقَد وَرَدَ هَذَا اللَّفظُ مَوقُوفًا عَلى عَليٍّ ﷺ وَمَرفُوعًا إلى النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لا يَتَنَصَّفُ، وَإِمَامُهُ فِيهِ زَيدُ بنُ ثَابِتٍ ﷺ، وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا رَوَينَاهُ بِعُمُومِهِ، وَلأَنَّ حَالهَا أَنقَصُ مِن حَالِ الرَّجُلِ وَمَنفَعَتُهَا أَقَلُّ، وَقَد ظَهَرَ أَثَرُ النُّقصَانِ بِالتَّنصِيفِ فِي النَّفسِ فَكَذَا فِي أَطرَافِهَا وَأَجزَائِهَا اعتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوقَهُ.

الشرح:

قَال (**وَدِيَةُ المَرْأَةِ عَلى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ** إلخْ) دِيَةُ المَرْأَةِ عَلى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ، وَقَدْ وَرَدَ هَذَا اللَّفْظُ مَوْقُوفًا عَلى عَليٍّ وَمَرْفُوعًا إلى النَّبِيِّ ﷺ، وَالمَوْقُوفُ فِي مِثْلِهِ كَالمَرْفُوعِ، إِذْ لا مَدْخَل للرَّأْيِ فِيهِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلثِ لا يَتَنَصَّفُ. قَال فِي النِّهَايَةِ: الصَّوَابُ أَنْ يُقَال: وَقَال الشَّافِعِيُّ: الثُّلُثُ وَمَا دُونَهُ لا يَتَنَصَّفُ. وَذَكَرَ فِي دِيَاتِ المَبْسُوطِ: وَكَانَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَقُولُ: إِنَّهَا تُعَاقِلُ الرَّجُل إلى ثُلُثِ دِيَتِهَا: يَعْنِي إذَا

كَانَ الأَرْشُ بِقَدْرِ ثُلُثِ الدِّيَةِ أَوْ دُونَ ذَلِكَ فَالرَّجُلُ وَالمَرْأَةُ فِيهِ سَوَاءٌ، فَإِنْ زَادَ عَلَى الثُّلُث فَحِينَئِذٍ حَالُهَا فِيهِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ، وَلِذَلِكَ قَالَ بَعْدَ هَذَا فِي قَوْلِ المُصَنِّفِ اعْتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوْقَهُ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: اعْتِبَارًا بِهَا وَبِمَا فَوْقَ الثُّلُثِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الكَافِي: قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ: بَلَغَنَا عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ: دِيَةُ المَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ فِي النَّفْسِ وَفِيمَا دُونَ النَّفْسِ. قَالَ: وَبِذَلِكَ نَأْخُذُ، ثُمَّ قَالَ: وَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: ثُلُثُ الدِّيَةِ وَمَا فَوْقَهَا يَتَنَصَّفُ وَمَا دُونَهُ لا يَتَنَصَّفُ، وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ، وَهَذَا يُصَحِّحُ قَوْلَ المُصَنِّفِ.

وَاحْتَجُّوا فِي ذَلِكَ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «**تُعَاقِلُ المَرْأَةُ الرَّجُلَ إلى ثُلُث الدِّيَة**» وَبِمَا حُكِيَ عَنْ رَبِيعَةَ قَالَ: قُلت لِسَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ: مَا تَقُولُ فِيمَنْ قَطَعَ أُصْبُعَ امْرَأَةٍ قَالَ: عَلَيْهِ عَشْرٌ مِنْ الإِبِلِ، قُلت: فَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعَيْنِ مِنْهَا؟ قَالَ: عَلَيْهِ عِشْرُونَ مِنْ الإِبِلِ، قُلت: فَإِنْ قَطَعَ ثَلاثَ أَصَابِعَ؟ قَالَ: عَلَيْهِ ثَلاثُونَ مِنْ الإِبِلِ، قُلت: فَإِنْ قَطَعَ أَرْبَعَ أَصَابِعَ؟ قَالَ: عَلَيْهِ عِشْرُونَ مِنْ الإِبِلِ، قُلت: سُبْحَانَ اللَّهِ لَمَّا كَثُرَ أَلَمُهَا وَاشْتَدَّ مُصَابُهَا قَلَّ أَرْشُهَا؟ قَالَ: أَعِرَاقِيٌّ أَنْتَ؟ فَقُلت لا بَل جَاهِلٌ مُسْتَرْشِدٌ أَوْ عَاقِلٌ مُسْتَثْبِتٌ، فَقَالَ: إِنَّهُ السُّنَّةُ. وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ: السُّنَّةُ إذَا أُطْلِقَتْ فَالمُرَادُ بِهَا سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ بِعُمُومِهِ، وَأَنَّ حَالَهَا أَنْقَصُ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَمَنْفَعَتُهَا أَقَلُّ لا تَتَمَكَّنُ مِنْ التَّزَوُّجِ بِأَكْثَرَ مِنْ زَوْجٍ وَاحِدٍ، وَقَدْ ظَهَرَ أَثَرُ النُّقْصَانِ فِي التَّنْصِيفِ فِي النَّفْسِ فَكَذَا فِي أَطْرَافِهَا وَأَجْزَائِهَا اعْتِبَارًا بِالنَّفْسِ وَبِالثُّلُث وَمَا فَوْقَهُ لِئَلا يَلْزَمَ مُخَالَفَةُ التَّبَعِ لِلأَصْلِ، وَالحَدِيثُ المَرْوِيُّ نَادِرٌ، وَمِثْلُ هَذَا الحُكْمِ الَّذِي يُحِيلُهُ عَقْلُ كُلِّ عَاقِلٍ لا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ بِالشَّاذِّ النَّادِرِ، وَقَوْلُ سَعِيدٍ إنَّهُ السُّنَّةُ يُرِيدُ بِهِ سُنَّةَ زَيْدٍ، فَإِنَّ كِبَارَ الصَّحَابَةِ أَفْتَوْا بِخِلافِهِ، وَلَوْ كَانَتْ سُنَّةَ الرَّسُولِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمَا خَالَفُوهَا.

قَالَ: (وَدِيَةُ المُسلمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصرانِيِّ أَربعَةُ آلافِ دِرهَمٍ، وَدِيَةُ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمائَةِ دِرهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ: دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصرانِيِّ سِتَّةُ آلافِ دِرهَمٍ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «عَقلُ الكَافِرِ نِصفُ عَقلِ المُسلمِ» وَالكُلُّ عِندَهُ اثنَا عَشَرَ أَلفًا. وَلِلشَّافِعِيِّ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ جَعَلَ دِيَةَ اليَهُودِيِّ

وَالنَّصرانِيِّ أَربَعَةَ آلافِ دِرهَمٍ، وَدِيَةَ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرهَمٍ». وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «دِيَةُ كُلِّ ذِي عَهدٍ فِي عَهدِهِ أَلفُ دِينَارٍ» وَكَذَلِكَ قَضَى أَبُو بَكرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا، وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لم يُعرَف رَاوِيهِ وَلم يُذكَر فِي كُتُبِ الحَدِيثِ، وَمَا رَوَينَاهُ أَشهَرُ مِمَّا رَوَاهُ مَالِكٌ فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم والله أعلم.

الشرح:

قَال (**وَدِيَةُ المُسْلِم وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ**) دِيَةُ الذِّمِّيِّ كَدِيَةِ المُسْلِمِ رِجَالُهُمْ كَرِجَالهِمْ وَنِسَاؤُهُمْ كَنِسَائِهِمْ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَكَلامُهُ عَلى الوَجْه الَّذِي ذَكَرَهُ وَاضِحٌ. وَقَدْ اسْتَدَلَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْله تَعَالى ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠] وَبِقَوْله تَعَالى ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا ۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ﴾ [السجدة: ١٨] وَبِقَوْله ﷺ «**المُسْلمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ**» يَدُلُّ عَلى أَنَّ دِمَاءَ غَيْرِهِمْ لا تَتَكَافَأُ، وَلأَنَّ نُقْصَانَ الكُفْرِ فَوْقَ نُقْصَانِ الأُنُوثَةِ، وَبِالأُنُوثَة تَنْقُصُ الدِّيَةُ فَبِالكُفْرِ أَوْلى، وَبِأَنَّ الرِّقَّ أَثَرٌ مِنْ آثَارِ الكُفْرِ وَبِه تَنْقُصُ الدِّيَةُ فَبِالكُفْرِ المُوجِبِ لهُ أَوْلى. وَالجَوَابُ عَنْ الآيَتَيْنِ أَنَّ المُرَادَ أَحْكَامُ الآخِرَة عَلى أَنَّهُمَا لا يُعَارِضَانِ قَوْله تَعَالى ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] وَالمَعْهُودُ مِنْ الدِّيَة الدِّيَةُ فِي قَتْل المُؤْمِنِ.

وَعَنْ الحَدِيث بِأَنَّهُ مَفْهُومُ مُخَالفَة وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّة، وَعَنْ المَعْقُول بِأَنَّ النُّقْصَانَ بِالأُنُوثَة وَالرِّقِّ مِنْ حَيْثُ النُّقْصَانُ فِي المَالكِيَّة، فَإِنَّ المَرْأَةَ تَمْلكُ المَال دُونَ النِّكَاحِ، وَكَذَلكَ الرِّقُّ يُوجِبُ نُقْصَانَ المَالكِيَّة، وَالذِّمِّيُّ يُسَاوِي المُسْلمَ فِي المَالكِيَّة فَكَذَلكَ فِي الدِّيَة، وَلا يَرْتَابُ أَحَدٌ أَنَّ نَفْسَ كُلِّ شَخْصٍ أَعَزُّ مِمَّا فِي يَده مِنْ المَال، وَالذِّمِّيُّ يُسَاوِي المُسْلمَ فِي ضَمَان مَاله إذَا أُتْلفَ فَفِي النَّفْسِ أَوْلى، وَإِنْ لمْ يَكُنْ لنَا فِي المَسْأَلة إلا مَا رَوَى الزُّهْرِيُّ أَنَّ دِيَةَ الذِّمِّيِّ كَانَتْ مِثْل دِيَة المُسْلمِ عَلى عَهْد رَسُول اللَّه ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ فَلمَّا كَانَ زَمَنُ مُعَاوِيَةَ جَعَلهَا عَلى النِّصْف، وَمَا رُوِيَ عَنْ عَليٍّ ﷺ لشُهْرَته: إنَّمَا بَذَلُوا الجِزْيَةَ لتَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالنَا، وَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُود: دِيَةُ الذِّمِّيِّ مِثْلُ دِيَة المُسْلمِ، وَمَا رَوَى عِكْرِمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَدَى ذِمِّيًّا قُتِل بِمِائَة مِنْ الإِبل» لكَانَ لنَا مِنْ الظُّهُورِ فِي المَسْأَلة مَا لا يَخْفَى عَلى أَحَد.

فَصلٌ فِيمَا دُونَ النَّفسِ

قَال: (وَفِي النَّفسِ الدِّيَةُ) وَقَد ذَكَرنَاهُ. قَال (وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ) وَالأَصلُ فِيهِ مَا رَوَى سَعِيدُ بنُ المُسَيِّبِ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَال «فِي النَّفسِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ» وَهَكَذَا هُوَ فِي الكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لعَمرِو بنِ حَزمٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ. وَالأَصلُ فِي الأَطرَافِ أَنَّهُ إذَا فَوَّتَ جِنسَ مَنفَعَةٍ عَلَى الكَمَال أَو أَزَال جَمَالا مَقصُودًا فِي الآدَمِيِّ عَلَى الكَمَال يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ لإِتلافِهِ النَّفسَ مِن وَجهٍ وَهُوَ مُلحَقٌ بِالإِتلافِ مِن كُلِّ وَجهٍ تَعظِيمًا للآدَمِيِّ. أَصلُهُ قَضَاءُ رَسُول اللَّهِ ﷺ بِالدِّيَةِ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالأَنفِ، وَعَلَى هَذَا تَنسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ فَنَقُولُ: فِي الأَنفِ الدِّيَةُ لأَنَّهُ أَزَال الجَمَال عَلَى الكَمَال وَهُوَ مَقصُودٌ، وَكَذَا إذَا قَطَعَ المَارِنَ أَو الأَرنَبَةَ لِمَا ذَكَرنَا، وَلو قَطَعَ المَارِنَ مَعَ القَصَبَةِ لا يُزَادُ عَلَى دِيَةٍ وَاحِدَةٍ لأَنَّهُ عُضوٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا اللِّسَانُ لفَوَاتِ مَنفَعَةٍ مَقصُودَةٍ وَهُوَ النُّطقُ، وَكَذَا فِي قَطعِ بَعضِهِ إذَا مَنَعَ الكَلَامَ لتَفوِيتِ مَنفَعَةٍ مَقصُودَةٍ وَإِن كَانَت الآلَةُ قَائِمَةً، وَلو قَدَرَ عَلَى التَّكَلُّمِ بِبَعضِ الحُرُوفِ قِيل: تُقسَمُ عَلَى عَدَدِ الحُرُوفِ، وَقِيل: عَلَى عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ؛ فَبِقَدرِ مَا لا يَقدِرُ تَجِبُ، وَقِيل: إن قَدَرَ عَلَى أَدَاءِ أَكثَرِهَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدلٍ لحُصُول الإِفهَامِ مَعَ الاختِلال، وَإِن عَجَزَ عَن أَدَاءِ الأَكثَرِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا تَحصُلُ مَنفَعَةُ الكَلَامِ، وَكَذَا الذَّكَرُ لأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنفَعَةَ الوَطءِ وَالإِيلادِ وَاستِمسَاكِ البَول وَالرَّمي بِهِ وَدَفقِ المَاءِ وَالإِيلاجِ الَّذِي هُوَ طَرِيقُ الإِعلاقِ عَادَةً، وَكَذَا فِي الحَشَفَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً، لأَنَّ الحَشَفَةَ أَصلٌ فِي مَنفَعَةِ الإِيلاجِ وَالدَّفقِ وَالقَصَبَةُ كَالتَّابِعِ لهُ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِيمَا دُونَ النَّفسِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ ذَكَرَ مَا هُوَ تَبَعٌ لَهَا وَهُوَ مَا دُونَهَا. قَال (**وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ**) وَأَعَادَ ذِكْرَ النَّفْسِ فِي فَصْل مَا دُونَ النَّفْسِ تَمْهِيدًا لذِكْرِ مَا بَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ ذَكَرْنَاهُ: يَعْنِي فِي أَوَائِل الْجِنَايَاتِ، وَمَعْنَى قَوْله فِي النَّفْسِ الدِّيَةُ: يَجِبُ الدِّيَةُ بِسَبَبِ إتْلافِهَا، كَمَا يُقَالُ فِي النِّكَاحِ حَلٌّ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**فِي خَمْسٍ مِنْ الإِبِل السَّائِمَةِ شَاةٌ**».

وَقَوْلُهُ (وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ) يَعْنِي فِيمَا دُونَ قَصَبَةِ الأَنْفِ وَهُوَ مَا لانَ مِنْهُ كُلُّ مَا لا ثَانِيَ لَهُ فِي البَدَنِ عُضْوًا كَانَ أَوْ مَعْنًى مَقْصُودًا تَجِبُ بِإِتْلافِهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَمِنْ الأَعْضَاءِ مَا هُوَ إِفْرَادٌ كَالأَنْفِ وَاللِّسَانِ وَالذَّكَرِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مُزْدَوِجٌ كَالعَيْنَيْنِ وَالأُذُنَيْنِ وَالحَاجِبَيْنِ وَالشَّفَتَيْنِ وَاليَدَيْنِ وَثَدْيَيْ المَرْأَةِ وَالأُنْثَيَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ أَرْبَعٌ كَأَشْفَارِ العَيْنَيْنِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ أَعْشَارٌ كَأَصَابِعِ اليَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ، وَمِنْهَا مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَالأَسْنَانِ (وَالأَصْلُ فِي الأَطْرَافِ أَنَّهُ إِذَا فَوَّتَ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ عَلَى الكَمَالِ أَوْ أَزَالَ جَمَالا مَقْصُودًا، فِي الآدَمِيِّ عَلَى الكَمَالِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ) وَقَيَّدَ المَنْفَعَةَ وَالجَمَالَ بِالكَمَالِ، لأَنَّ غَيْرَ الكَامِلِ لا يَجِبُ فِيهِ كُلُّ الدِّيَةِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَفْوِيتُ عُضْوٍ مَقْصُودٍ، كَمَا **إِذَا قَطَعَ لِسَانَ الأَخْرَسِ أَوْ آلَةَ الخَصِيِّ وَالعِنِّينِ وَاليَدَ الشَّلاءَ وَالرِّجْلَ العَرْجَاءَ وَالعَيْنَ العَوْرَاءَ وَالسِّنَّ السَّوْدَاءَ** لا يَجِبُ القِصَاصُ فِي العَمْدِ وَلا الدِّيَةُ فِي الخَطَأِ، لأَنَّهُ لَمْ يُفَوِّتْ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ وَلا فَوَّتَ جَمَالا عَلَى الكَمَالِ، وَإِنَّمَا فِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَأَمَّا إِذَا أَتْلَفَ الكَامِلَ فَيَجِبُ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ (لإِتْلافِهِ كُلَّ النَّفْسِ مِنْ وَجْهٍ، وَهُوَ مُلْحَقٌ بِالإِتْلافِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ تَعْظِيمًا لِلآدَمِيِّ، أَصْلُهُ قَضَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالدِّيَةِ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالأَنْفِ، وَعَلَى هَذَا تَنْسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ) فَإِنْ كَانَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ أَوْ الكَمَالِ قَائِمًا بِعُضْوٍ وَاحِدٍ فَعِنْدَ إِتْلافِهِ يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِعُضْوَيْنِ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِأَرْبَعَةِ أَعْضَاءٍ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا رُبُعُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِعَشَرَةٍ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا عُشْرُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِأَكْثَرَ فَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (قِيلَ تُقْسَمُ الدِّيَةُ عَلَى عَدَدِ الحُرُوفِ) يَعْنِي عَلَى جُمْلَةِ الحُرُوفِ مِمَّا تَعَلَّقَ بِاللِّسَانِ وَغَيْرِهِ، وَقِيلَ عَلَى عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هِيَ الأَلِفُ وَالتَّاءُ وَالثَّاءُ وَالجِيمُ وَالدَّالُ وَالذَّالُ وَالرَّاءُ وَالزَّايُ وَالسِّينُ وَالشِّينُ وَالصَّادُ وَالضَّادُ وَالطَّاءُ وَالظَّاءُ وَاللامُ وَالنُّونُ، وَفِي كَوْنِ الأَلِفِ مِنْ ذَلِكَ نَظَرٌ لأَنَّهُ مِنْ أَقْصَى الحَلْقِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَمَا لَمْ يُمْكِنْهُ إِتْيَانُ حَرْفٍ مِنْهَا يَلْزَمُهُ مَا يَخُصُّهُ مِنْ الدِّيَةِ. رُوِيَ أَنَّ **رَجُلا قَطَعَ طَرَفَ لِسَانِ رَجُلٍ** فِي زَمَانِ عَلِيٍّ ﷺ فَأَمَرَهُ أَنْ يَقْرَأَ (ا ب ت ث)، فَكُلَّمَا قَرَأَ حَرْفًا أَسْقَطَ مِنْ الدِّيَةِ بِقَدْرِ ذَلِكَ، وَمَا لَمْ يَقْرَأْ أَوْجَبَ مِنْ الدِّيَةِ بِحِسَابِهِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ القِيلِ الأَوَّلِ،

وَبِه صَحَّحَهُ شَيْخُ الإِسْلامِ وَبِأَنَّ إقَامَةَ بَعْضِ الحُرُوفِ وَهُوَ مَا لا يَفْتَقِرُ إلى اللِّسَانِ إنْ تَهَيَّأَتْ بِدُونِ اللِّسَانِ، لكِنَّ الإِفْهَامَ الَّذِي هُوَ المَقْصُودُ لا يَتَهَيَّأُ فَيَجِبُ الامْتِحَانُ بِالجَمِيعِ، وَكَذَا إذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ اخْتَلَفَ طُرُقُ التَّعْبِيرِ عَنْ مَعْرِفَةِ ذَهَابِ هَذِهِ الحَوَاسِّ، فَقِيل إذَا صَدَّقَهُ الجَانِي أَوْ اسْتَحْلَفَهُ عَلى البَتَاتِ وَنَكَل ثَبَتَ قِوَامُهَا.

وَقِيل يُعْتَبَرُ فِيهِ الدَّلائِلُ المُوَصِّلَةُ إلى ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُل العِلمُ بِذَلِكَ يُعْتَبَرُ فِيهِ الدَّعْوَى وَالإِنْكَارُ، فَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ السَّمْعِ أَنْ يُتَغَافَل وَيُنَادَى، فَإِنْ أَجَابَ عُلِمَ أَنَّهُ يَسْمَعُ. وَحَكَى النَّاطِفِيُّ عَنْ أَبِي خَازِمٍ القَاضِي أَنَّ امْرَأَةً تَطَارَشَتْ فِي مَجْلِسِ حُكْمِه، فَاشْتَغَل بِالقَضَاءِ عَنْ النَّظَرِ إليْهَا ثُمَّ قَال لهَا فَجْأَةً: غَطِّي عَوْرَتَك، فَاضْطَرَبَتْ وَتَسَارَعَتْ إلى جَمْعِ ثِيَابِهَا وَظَهَرَ مَكْرُهَا.

وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ ذَهَابِ البَصَرِ أَنْ يَسْتَقْبِل الشَّمْسَ مَفْتُوحَ العَيْنِ، فَإِنْ دَمَعَتْ عَيْنُهُ عُلِمَ أَنَّ الضَّوْءَ بَاقٍ، وَإِنْ لَمْ تَدْمَعْ عُلِمَ أَنَّ الضَّوْءَ ذَاهِبٌ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يُلقَى بَيْنَ يَدَيْه حَيَّةٌ، فَإِنْ هَرَبَ مِنْ الحَيَّةِ عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ بَصَرُهُ. وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ الشَّمِّ بِأَنْ يُوضَعَ بَيْنَ يَدَيْه مَا لهُ رَائِحَةٌ كَرِيهَةٌ، فَإِنْ نَفَرَ عَنْهَا عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ شَمُّهُ.

قَال: (وَفِي العَقْل إذَا ذَهَبَ بِالضَّرْبِ الدِّيَةُ) لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الإِدْرَاكِ إذ بِهِ يَنْتَفِعُ بِنَفْسِهِ فِي مَعَاشِهِ وَمَعَادِهِ (وَكَذَا إذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَو بَصَرُهُ أَو شَمُّهُ أَو ذَوْقُهُ) لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهَا مَنفَعَةٌ مَقصُودَةٌ، وَقَد رُوِيَ: أَنَّ عُمَرَ ﵁ قَضَى بِأَربَعِ دِيَاتٍ فِي ضَربَةٍ وَاحِدَةٍ ذَهَبَ بِهَا العَقلُ وَالكَلامُ وَالسَّمعُ وَالبَصَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ) يَعْنِي لَيْسَ فِيهَا اسْتِتْبَاعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا الآخَرَ، بِخِلافِ قَتْل النَّفْسِ حَيْثُ لا يَجِبُ إلا دِيَةٌ وَاحِدَةٌ لأَنَّ الأَطْرَافَ تَتْبَعُ النَّفْسَ. أَمَّا الطَّرَفُ فَلا يَتْبَعُ طَرَفًا آخَرَ وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ مَا قِيل لوْ مَاتَ مِنْ الشَّجَّةِ لمْ تَلزَمْهُ إلا دِيَةٌ وَاحِدَةٌ فَبِفَوَاتِ هَذِهِ المَنَافِعِ بِدُونِ المَوْتِ أَوْلى، فَإِنَّ فِي المَوْتِ اسْتِتْبَاعًا دُونَ عَدَمِه، وَعَلى ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

قَال: (وَفِي اللِّحيَةِ إذَا حُلِقَت فَلم تَنبُتُ الدِّيَةُ) لأَنَّهُ يُفَوِّتَ بِهِ مَنفَعَةَ الجَمَال. قَال (وَفِي شَعرِ الرَّأسِ الدِّيَةُ) لِمَا قُلنَا. وَقَال مَالكٌ: وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهِمَا حُكُومَةُ

عَدلٍ، لأنَّ ذَلكَ زِيَادَةٌ فِي الآدمِيِّ، وَلهَذَا يُحلقُ شَعرُ الرَّاسِ كُلُّهُ، وَاللِّحيَةُ بَعضُهَا فِي بَعضِ البِلادِ وَصَارَ كَشَعرِ الصَّدرِ وَالسَّاقِ وَلهَذَا يَجِبُ فِي شَعرِ العَبدِ نُقصَانُ القِيمَةِ. وَلنَا أنَّ اللِّحيَةَ فِي وَقتِهَا جَمَالٌ وَفِي حَلقِهَا تَفوِيتُهُ عَلى الكَمَال فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَمَا فِي الأُذُنَينِ الشَّاخِصَتَينِ، وَكَذَا شَعرُ الرَّاسِ جَمَالٌ؛ ألا تَرَى أنَّ مَن عَدِمَهُ خِلقَةً يَتَكَلَّفُ فِي سَترِهِ، بِخِلافِ شَعرِ الصَّدرِ وَالسَّاقِ لأنَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ جَمَالٌ. وَأمَّا لحيَةُ العَبدِ فَعَن أبِي حَنِيفَةَ أنَّهُ يَجِبُ فِيهَا كَمَالُ القِيمَةِ، وَالتَّخرِيجُ عَلى الظَّاهِرِ أنَّ المَقصُودَ بِالعَبدِ المَنفَعَةُ بِالاستِعمَال دُونَ الجَمَال بِخِلافِ الحُرِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهُ يَفُوتُ به مَنْفَعَةُ الجَمَال، قَالُوا: لوْ حَلقَ رَأْسَ إنْسَان أَوْ لحْيَتَهُ لا يُطَالبُ بالدِّيَة حَالةَ الحَلقِ بَل يُؤَجَّلُ سَنَةً لتَصوُّرِ النَّبَات، فَإنْ مَاتَ قَبْل مُضيِّ السَّنَة وَلمْ يَنْبُتْ فَلا شَيْءَ عَلى الحَالق، وَقَالا: فيه حُكُومَةٌ، وَشَعْرُ الرَّجُل وَالمَرْأَة وَالصَّغير وَالكَبير في ذَلكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا في الأُذُنَيْنِ الشَّاخصَتَيْنِ) أيْ المُرْتَفعَتَيْنِ وَصَفَهُمَا لدَفْع إرَادَة السَّمْع. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ يَجبُ فيهَا كَمَالُ القيمَة) هيَ روَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبي حَنيفَةَ اعْتبَارًا بالدِّيَة في الحُرِّ لفَوَات الجَمَال (وَالتَّخْريجُ عَلى الظَّاهر) وَهُوَ أَنَّهُ يَجبُ نُقْصَانُ القيمَة.

قَال: (وَفِي الشَّارِبِ حُكُومَةُ عَدلٍ هُوَ الأصَحُّ) لأنَّهُ تَابِعٌ لِلِّحيَةِ فَصَارَ كَبَعضِ أطرَافِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (هُوَ الأَصَحُّ) احْترَازٌ عَمَّا قَال بَعْضُ مَشَايخنَا: يَجبُ فيه كَمَالُ الدِّيَة لأَنَّهُ عُضْوٌ عَلى حدَة وَيَفُوتُ به الجَمَالُ.

(وَلحيَةُ الكَوسَجِ إن كَانَ عَلى ذَقَنِهِ شَعَرَاتٌ مَعدُودَةٌ فَلا شَيءَ فِي حَلقِهِ) لأنَّ وُجُودَهُ يَشِينُهُ وَلا يَزِينُهُ (وَإن كَانَ أكثَرَ مِن ذَلكَ وَكَانَ عَلى الخَدِّ وَالذَّقَنِ جَمِيعًا لكِنَّهُ غَيرُ مُتَّصِلٍ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدلٍ) لأنَّ فِيهِ بَعضَ الجَمَال (وَإن كَانَ مُتَّصِلا فَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ) لأنَّهُ ليسَ بِكَوسَجٍ وَفِيهِ مَعنَى الجَمَال، وَهَذَا كُلُّهُ إذَا فَسَدَ المَنبَتُ، فَإن نَبَتَت حَتَّى استَوَى كَمَا كَانَ لا يَجِبُ شَيءٌ لأنَّهُ لم يَبقَ أثَرُ الجِنَايَةِ وَيُؤَدَّبُ عَلى ارتِكَابِهِ مَا لا يَحِلُّ،

وَإِن نَبَتَت بَيضَاءَ فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَجِبُ شَيءٌ فِي الحُرِّ لأَنَّهُ يَزِيدُ جَمَالا، وَفِي العَبدِ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدلٍ لأَنَّهُ يَنقُصُ قِيمَتُهُ، وَعِندَهُمَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدلٍ لأَنَّهُ فِي غَيرِ أَوَانِهِ يَشِينُهُ وَلا يَزِينُهُ، وَيَستَوِي العَمدُ وَالخَطأُ عَلَى هَذَا الجُمهُورِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَوِي الخَطَأُ وَالعَمْدُ) يَعْنِي كَمَا تَجِبُ الدِّيَةُ فِي حَلقِ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ خَطَأً فَكَذَا إِذَا حَلقَهُمَا عَمْدًا. قِيل وَصُورَةُ حَلقِهِمَا خَطَأً أَنْ يَظُنَّهُ مُبَاحَ الدَّمِ فَحَلقَ الوَلِيُّ لِحْيَتَهُ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ غَيْرُ مُبَاحِ الدَّمِ قِيل مُوجَبُ القِصَاصِ مَوْجُودٌ إِذَا كَانَ عَمْدًا فَمَا المَانِعُ عَنْهُ مَعَ الإِمْكَانِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ القِصَاصَ عُقُوبَةٌ وَالعُقُوبَةُ لا تَثْبُتُ إلا بِالنَّصِّ أَوْ دَلالتِهِ، وَلا نَصَّ فِي الشُّعُورِ، وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَى المَنْصُوصِ وَهُوَ الجُرُوحُ لأَنَّهُ لا يُحْتَاجُ فِي تَفْوِيتِهَا إِلَى الجِرَاحَةِ وَالضَّرْبِ، وَلا يُتَوَهَّمُ فِيهَا السِّرَايَةُ كَمَا تُتَوَهَّمُ فِي الجِرَاحَاتِ، وَلَيْسَ فِيهِ إِمَاتَةُ ذِي الرُّوحِ فَلا يَجُوزُ إِلحَاقُهَا بِالمَنْصُوصِ دَلالةً كَمَا لا يَجُوزُ قِيَاسًا.

(وَفِي الحَاجِبَينِ الدِّيَةُ وَفِي إِحدَاهُمَا نِصفُ الدِّيَةِ) وَعِندَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَجِب حُكُومَةُ عَدلٍ، وَقَد مَرَّ الكَلامُ فِيهِ فِي اللِّحيَةِ.

قَال (وَفِي العَينَينِ الدِّيَةُ، وَفِي اليَدَينِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجلَينِ الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَينِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُذُنَينِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُنثَيَينِ الدِّيَةُ) كَذَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. قَال: (وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِن هَذِهِ الأَشيَاءِ نِصفُ الدِّيَةِ) وَفِيمَا كَتَبَهُ النَّبِيُّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِعَمرِو بنِ حَزمٍ «وَفِي العَينَينِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحدَاهُمَا نِصفُ الدِّيَةِ»[1] وَلأَنَّ فِي تَفوِيتِ الاثنَينِ مِن هَذِهِ الأَشيَاءِ تَفوِيتُ جِنسِ المَنفَعَةِ أَو كَمَالِ الجَمَالِ فَيَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ، وَفِي تَفوِيتِ إِحدَاهُمَا تَفوِيتُ النِّصفِ فَيَجِبُ نِصفُ الدِّيَةِ.

الشرح:

قَال (**وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ**) الأَصْلُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي صَدْرِ الفَصْل يَشْمَلُ هَذِهِ الفُرُوعَ كُلَّهَا. وَالأَشْفَارُ جَمْعُ شُفْرٍ بِالضَّمِّ. قَال المُصَنِّفُ: يَحْتَمِلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ مَجَازًا، وَلَعَلَّهُ قَال ذَلِكَ دَفْعًا لِتَخْطِئَةِ مَنْ خَطَّأَ مُحَمَّدًا فِي إِطْلاقِ الأَشْفَارِ عَلَى الأَهْدَابِ، قَالُوا: الأَشْفَارُ مَنَابِتُ الشَّعْرِ وَهِيَ حُرُوفُ العَيْنَيْنِ وَأَطْرَافُهَا، وَالشُّعُورُ الَّتِي

---

(١) سبق تخريجه.

عَلَيْهَا تُسَمَّى الهُدْبَ، فَقَالَ المُصَنِّفُ: يُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ فَيَكُونُ مَجَازًا لِلْمُجَاوَرَةِ مِنْ ذِكْرِ المَحَلِّ وَإِرَادَةِ الحَالِّ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الحَقِيقَةُ، فَإِنَّ فِي تَفْوِيتِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ المَحَلِّ وَالحَالِّ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَالجَمَالِ عَلَى الكَمَالِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ.

قَالَ: (وَفِي ثَدْيَي المَرْأَةِ الدِّيَةُ) لِمَا فِيهِ مِن تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنفَعَةِ (وَفِي إِحدَاهُمَا نِصفُ دِيَةِ المَرأَةِ) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلافِ ثَدْيَي الرَّجُلِ حَيثُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدلٍ لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ تَفوِيتُ جِنسِ المَنفَعَةِ وَالجَمَالِ.

(وَفِي حَلَمَتَي المَرأَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) لِفَوَاتِ جِنسِ مَنفَعَةِ الإِرضَاعِ وَإِمسَاكِ اللَّبَنِ (وَفِي إِحدَاهُمَا نِصفُهَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ (وَفِي أَشفَارِ العَينَينِ الدِّيَةُ وَفِي إِحدَاهَا رُبعُ الدِّيَةِ) قَالَ ﷺ: يُحتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهدَابُ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الأَصلِ لِلمُجَاوِرَةِ كَالرَّاوِيَةِ لِلقِربَةِ وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي البَعِيرِ، وَهَذَا لأَنَّهُ يُفَوِّتُ الجَمَالَ عَلَى الكَمَالِ وَجِنسَ المَنفَعَةِ وَهِيَ مَنفَعَةُ دَفعِ الأَذَى وَالقَذَى عَنِ العَينِ إِذ هُوَ يَندَفِعُ بِالهُدبِ، وَإِذَا كَانَ الوَاجِبُ فِي الكُلِّ كُلَّ الدِّيَةِ وَهِيَ أَربَعَةٌ كَانَ فِي أَحَدِهَا رُبعُ الدِّيَةِ وَفِي ثَلاثَةٍ مِنهَا ثَلاثَةُ أَربَاعِهَا، وَيُحتَمَلُ أَن يَكُونَ مُرَادُهُ مَنبَتَ الشَّعرِ وَالحُكمُ فِيهِ هَكَذَا.

(وَلَو قَطَعَ الجُفُونَ بِأَهدَابِهَا فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لأَنَّ الكُلَّ كَشَيءٍ وَاحِدٍ وَصَارَ كَالمَارِنِ مَعَ القَصَبَةِ.

قَالَ (وَفِي كُلِّ أُصبُعٍ مِن أَصَابِعِ اليَدَينِ وَالرِّجلَينِ عُشرُ الدِّيَةِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «فِي كُلِّ أُصبُعٍ عَشرٌ مِنَ الإِبِلِ»[1] وَلأَنَّ فِي قَطعِ الكُلِّ تَفوِيتُ جِنسِ المَنفَعَةِ وَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ وَهِيَ عَشرٌ فَتَنقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيهَا. قَالَ (وَالأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) لإِطلاقِ الحَدِيثِ، وَلأَنَّهَا سَوَاءٌ فِي أَصلِ المَنفَعَةِ فَلا تُعتَبَرُ الزِّيَادَةُ فِيهِ كَاليَمِينِ مَعَ الشِّمَالِ، وَكَذَا أَصَابِعُ الرِّجلَينِ لأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِقَطعِ كُلِّهَا مَنفَعَةَ المَشيِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَامِلَةً، ثُمَّ فِيهِمَا عَشرُ أَصَابِعَ فَتَنقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيهَا أَعشَارًا.

قَالَ (وَفِي كُلِّ أُصبُعٍ فِيهَا ثَلاثَةُ مَفَاصِلَ؛ فَفِي أَحَدِهَا. ثُلُثُ دِيَةِ الأُصبُعِ وَمَا فِيهَا مِفصَلانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصفُ دِيَةِ الأُصبُعِ) وَهُوَ نَظِيرُ انقِسَامِ دِيَةِ اليَدِ عَلَى الأَصَابِعِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٦٠)، وابن ماجه (٢٦٥٠).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَهُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ الْيَدِ عَلَى الْأَصَابِعِ**) يَعْنِي أَنَّ عُشْرَ الدِّيَةِ الْوَاجِبَ بِإِزَاءِ كُلِّ أُصْبُعٍ إنَّمَا هُوَ بِمُقَابَلَةِ مَفَاصِلِهَا، فَمَا فِيهِ ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ كَانَ لِكُلٍّ مِنْهَا ثُلُثُهُ، وَمَا فِيهِ مَفْصِلَانِ كَانَ لِكُلٍّ مِنْهُمَا نِصْفُهُ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ ﷺ «وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ» وَالأَسْنَانُ وَالأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِمَا رُوِيَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: وَالأَسْنَانُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ كُلَّهَا فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ سَوَاءٌ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ كَالأَيْدِي وَالأَصَابِعِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ الْقِصَاصُ وَقَدْ مَرَّ فِي الْجِنَايَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ** كُلُّهَا سَوَاءٌ) قَالُوا: فِيهِ نَظَرٌ. وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: وَالْأَسْنَانُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، أَوْ يُقَالَ: وَالْأَنْيَابُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، لِأَنَّ السِّنَّ اسْمُ جِنْسٍ يَدْخُلُ تَحْتَهُ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ: أَرْبَعٌ مِنْهَا ثَنَايَا وَهِيَ الْأَسْنَانُ الْمُتَقَدِّمَةُ اثْنَتَانِ فَوْقُ وَاثْنَتَانِ أَسْفَلُ، وَمِثْلُهَا رَبَاعِيَاتٌ وَهِيَ مَا يَلِي الثَّنَايَا، وَمِثْلُهَا أَنْيَابٌ تَلِي الرَّبَاعِيَاتِ، وَمِثْلُهَا ضَوَاحِكُ تَلِي الْأَنْيَابَ، وَاثْنَتَا عَشْرَةَ سِنًّا تُسَمَّى بِالطَّوَاحِنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ثَلَاثٌ فَوْقُ وَثَلَاثٌ أَسْفَلُ، وَبَعْدَهَا سِنٌّ وَهِيَ آخِرُ الْأَسْنَانِ يُسَمَّى ضِرْسَ الْحُلُمِ لِأَنَّهُ يَنْبُتُ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَقْتَ كَمَالِ الْعَقْلِ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ الْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ سَوَاءٌ لِعَوْدِهِ إلَى مَعْنَى أَنْ يُقَالَ الْأَسْنَانُ وَبَعْضُهَا سَوَاءٌ، فَإِذَا **ضَرَبَ رَجُلٌ رَجُلًا حَتَّى سَقَطَتْ أَسْنَانُهُ كُلُّهَا** كَانَتْ عَلَيْهِ دِيَةٌ وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الدِّيَةِ، وَهِيَ مِنْ الدَّرَاهِمِ سِتَّةَ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَلَيْسَ فِي الْبَدَنِ جِنْسُ عُضْوٍ يَجِبُ بِتَفْوِيتِهِ أَكْثَرُ مِنْ مِقْدَارِ الدِّيَةِ سِوَى الْأَسْنَانِ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ فَضَّلَ الطَّوَاحِنَ عَلَى الضَّوَاحِكِ لِمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْمَنْفَعَةِ وَهُوَ خِلَافُ النَّصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ كَالْيَدِ إِذَا شُلَّتْ وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا) لِأَنَّ الْمُتَعَلَّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لَا فَوَاتُ الصُّورَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ) يَعْنِي الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ وُجُوبُ كُلِّ الدِّيَةِ هُوَ تَفْوِيتُ جِنْسِ

المَنْفعَة لا فوَاتُ الصُّورَة.

فَإِنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ: أَنَّ فوَاتَ الصُّورَة ليْسَ مُتَعَلَّقَ وُجُوب الدِّيَة، بَل الجَمَالُ أَيْضًا مَقْصُودٌ كَمَا تَقدَّمَ فِي حَلقِ الحَاجِبَيْنِ وَاللِّحْيَةِ، وَليْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلى باسْتِتْبَاعِه الآخَرَ فَيَكُونُ الحَصْرُ فِي غَيْرِ مَوْقعِه.

أُجِيبَ بِأَنَّ الجَمَال مَقْصُودٌ فِي عُضْوٍ لا يَكُونُ المَقْصُودُ مِنْهُ المَنْفَعَةُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فَالجَمَالُ تَابِعٌ: أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قطَعَ اليَدَ الشَّلاءَ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لا الدِّيَةُ، لأَنَّ المَقْصُودَ باليَدِ لمَّا كَانَ المَنْفَعَةَ لمْ تَتكَامَل الجِنَايَةُ مِنْ حَيْثُ تَفْوِيتُ الجَمَال، فَإِذَا اجْتَمَعَا جُعِل الجَمَالُ تَابِعًا أَيْضًا، لأَنَّهُ إِذَا كَانَ تَابِعًا عِنْدَ الانْفِرَادِ فَلأَنْ يَكُونَ تَابِعًا عِنْدَ الاجْتِمَاعِ لوُجُودِ المُسْتَتْبَعِ أَوْلى. وَقَوْلُهُ (لتَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَة) يَعْنِي مَنْفَعَةَ النَّسْل.

(وَمَن ضَرَبَ صُلبَ غَيرِهِ فَانقَطَعَ مَاؤُهُ تَجِبُ الدِّيَۃُ) لتَفوِيتِ جِنسِ المَنفعَۃِ (وَكَذَا لو أَحدَبَهُ) لأَنَّهُ فَوَّتَ جَمَالا عَلى الكَمَال وَهُوَ استِوَاءُ القَامَۃِ (فَلو زَالت الحُدُوبَۃُ لا شَيءَ عَليه) لزَوَالهَا لا عَن أَثَرٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ فَوَّتَ جَمَالا عَلى الكَمَال) هُوَ اسْتِقَامَةُ القَامَة. قِيل وَفِي تَفْسِيرِ قَوْله تَعَالى ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ فِىٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤] أَيْ مُنْتَصِبَ القَامَةِ وَهِيَ تَزُولُ بالحُدُوبَة.

فَصلٌ فِي الشِّجَاجِ

قَال (الشِّجَاجُ عَشرَةٌ: الحَارِصَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تَحرِصُ الجِلدَ: أَي تَخدِشُهُ وَلا تُخرِجُ الدَّمَ (وَالدَّامِعَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تُظهِرُ الدَّمَ وَلا تُسِيلُهُ كَالدَّمعِ مِن العَينِ (وَالدَّامِيَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ (وَالبَاضِعَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تَبضَعُ الجِلدَ أَي تَقطَعُهُ (وَالمُتَلاحِمَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تَأخُذُ فِي اللَّحمِ (وَالسِّمحَاقُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلى السِّمحَاقِ وَهِيَ جَلدَةٌ رَقِيقَۃٌ بَينَ اللَّحمِ وَعَظمِ الرَّأسِ (وَالمُوضِحَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تُوضِحُ العَظمَ أَي تُبَيِّنُهُ (وَالهَاشِمَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ العَظمَ: أَي تَكسِرُهُ (وَالمُنَقِّلَۃُ) وَهِيَ الَّتِي تُنَقِّلُ العَظمَ بَعدَ الكَسرِ: أَي تُحَوِّلُهُ (وَالآمَّۃُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلى أُمِّ الرَّأسِ وَهُوَ الَّذِي فِيهِ الدِّمَاغُ.

قَال: (فَفِي المُوضِحَۃِ القِصَاصُ إِن كَانَت عَمدًا) لمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ

قَضَى بِالقِصَاصِ فِي المُوضِحَةِ»[1] وَلأَنَّهُ يُمكِنُ أَن يَنتَهِيَ السِّكِّينُ إلى العَظمِ فَيَتَسَاوَيَانِ فَيَتَحَقَّقُ القِصَاصُ. قَالَ: (وَلا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ) لأَنَّهُ لا يُمكِنُ اعتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهَا لأَنَّهُ لا حَدَّ يَنتَهِي السِّكِّينُ إليهِ، وَلأَنَّ فِيمَا فَوقَ المُوضِحَةِ كَسرَ العَظمِ وَلا قِصَاصَ فِيهِ، وَهَذَا رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبلَ المُوضِحَةِ لأَنَّهُ يُمكِنُ اعتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهِ، إذ لَيسَ فِيهِ كَسرُ العَظمِ وَلا خَوفُ هَلاكٍ غَالِبٍ فَيُسبَرُ غَورُهَا بِمِسبَارٍ ثُمَّ تُتَّخَذُ حَدِيدَةٌ بِقَدرِ ذَلكَ فَيُقطَعُ بِهَا مِقدَارُ مَا قَطَعَ فَيَتَحَقَّقُ استِيفَاءُ القِصَاصِ.

قَالَ (وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدلٍ) لأَنَّهُ لَيسَ فِيهَا أَرشٌ مُقَدَّرٌ وَلا يُمكِنُ إهدَارُهُ فَوَجَبَ اعتِبَارُهُ بِحُكمِ العَدلِ، وَهُوَ مَأثُورٌ عَن النَّخَعِيِّ وَعُمَرَ بنِ عَبدِ العَزِيزِ. قَالَ (وَفِي المُوضِحَةِ إن كَانَت خَطَأً نِصفُ عُشرِ الدِّيَةِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عُشرُ الدِّيَةِ، وَفِي المُنَقِّلَةِ عُشرُ الدِّيَةِ وَنِصفُ عُشرِ الدِّيَةِ، وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَإِن نَفَذَت فَهُمَا جَائِفَتَانِ فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ) لِمَا رُوِيَ فِي كِتَابِ عَمرِو بنِ حَزمٍ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَالَ «وَفِي المُوضِحَةِ خَمسٌ مِن الإِبلِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عَشرٌ، وَفِي المُنَقِّلَةِ خَمسَةَ عَشَرَ، وَفِي الآمَّةِ » وَيُروَى «المَأمُومَةُ ثُلُثُ الدِّيَةِ » وَقَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «فِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ » وَعَن أَبِي بَكرٍ ﷺ أَنَّهُ حَكَمَ فِي جَائِفَةٍ نَفَذَت إلى الجَانِبِ الآخَرِ بِثُلُثَي الدِّيَةِ، وَلأَنَّهَا إذَا نَفَذَت نَزَلت مَنزِلَةَ جَائِفَتَينِ إحدَاهُمَا مِن جَانِبِ البَطنِ وَالأُخرَى مِن جَانِبِ الظَّهرِ وَفِي كُلِّ جَائِفَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَلِهَذَا وَجَبَ فِي النَّافِذَةِ ثُلُثَا الدِّيَةِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ جَعَلَ المُتَلاحِمَةَ قَبلَ البَاضِعَةِ وَقَالَ: هِيَ الَّتِي يَتَلاحَمُ فِيهَا الدَّمُ وَيَسوَدُّ. وَمَا ذَكَرنَاهُ بَدءًا مَروِيٌّ عَن أَبِي يُوسُفَ وَهَذَا اختِلافُ عِبَارَةٍ لا يَعُودُ إلى مَعنًى وَحُكمٍ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي الشِّجَاجِ): لَمَّا كَانَ الشِّجَاجُ نَوْعًا مِنْ أَنْوَاعِ مَا دُونَ النَّفْسِ وَتَكَاثَرَ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥/١٤٥): غريب؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٦١٠٣) عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق قبل ملك، ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات».

مَسائِلُهُ ذَكَرَهُ فِي فَصْلٍ عَلى حدَة. قَال (**الشِّجَاجُ عَشَرَةٌ**) وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ قَطْعَ الجلد لا بُدَّ مِنْهُ للشَّجَّة، وَبَعْدَ القَطْعِ إِمَّا أَنْ يَظْهَرَ الدَّمُ أَوْ لا، الثَّاني هُوَ الحَارِصَةُ. وَالأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَسِيلَ الدَّمُ بَعْدَ الإِظْهَارِ أَوْ لا، وَالثَّاني هُوَ الدَّامعَةُ. وَالأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَقْطَعَ بَعْضَ اللَّحْمِ أَوْ لا، وَالثَّاني هُوَ الدَّامِيَةُ. وَالأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَطَعَ أَكْثَرَ اللَّحْمِ الَّذي بَيْنَهُ وَبَيْنَ العَظْمِ أَوْ لا، وَالثَّاني هُوَ البَاضِعَةُ. وَالأَوَّلُ إِمَّا أَنْ أَظْهَرَ الجِلدَةَ الرَّقِيقَةَ الحَائلةَ بَيْنَ اللَّحْمِ وَالعَظْمِ أَوْ لا، وَالثَّاني هُوَ المُتَلاحِمَةُ.

وَالأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلى الإِظْهَارِ أَوْ يَتَعَدَّى، وَالأَوَّلُ هُوَ السِّمْحَاقُ، وَالثَّاني إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلى إِظْهَارِ العَظْمِ أَوْ لا، وَالأَوَّلُ هُوَ المُوضِحَةُ، وَالثَّاني إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلى كَسْرِ العَظْمِ أَوْ - لا، وَالأَوَّلُ هُوَ الهَاشِمَةُ، وَالثَّاني إِمَّا أَنْ يَقْتَصِرَ عَلى نَقْلِ العَظْمِ وَتَحْوِيله مِنْ غَيْرِ وُصُوله إِلى الجِلدَة الَّتي بَيْنَ العَظْمِ وَالدِّمَاغِ أَوْ لا، وَالأَوَّلُ هُوَ المُنَقِّلَةُ، وَالثَّاني هُوَ الآمَّةُ وَهِيَ العَاشرَةُ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا بَعْدَهَا وَهِيَ الدَّامِغَةُ بِالغَيْنِ المُعْجَمَة، وَهِيَ الَّتي تُخْرِجُ الدِّمَاغَ لأَنَّ النَّفْسَ لا تَبْقَى بَعْدَهَا عَادَةً فَكَانَ ذَلكَ قَتْلا لا شَجَّةً عَلى مَا يَجِيءُ فِي الكِتَابِ. وَلَيْسَ الكَلامُ فِيه، فَقَدْ عُلمَ بِالاسْتقْرَاء بِحَسَبِ الآثَارِ أَنَّ الشِّجَاجَ لا تَزِيدُ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَقَدْ عُلمَ بِذَلكَ حَقِيقَةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا، ثُمَّ ذَكَرَ الحُكْمَ بَعْدَ ذَلكَ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِيمَا فَوْقَ المُوضِحَة) يُرِيدُ مَا هُوَ أَكْبَرُ شَجَّة مِنْهَا وَهُوَ الهَاشِمَةُ وَالمُنَقِّلَةُ وَالآمَّةُ. وَقَوْلُهُ (وَفِيمَا قَبْلَ المُوضِحَة) يُرِيدُ السِّتَّ المُتَقَدِّمَةَ عَلَيْهَا مِنْ الحَارِصَة إِلى السِّمْحَاقِ. وَالمِسْبَارُ مَا يُسْبَرُ به الجُرْحُ: أَيْ يُقَدَّرُ قَدْرُ غَوْرِه بِحَدِيدَة أَوْ غَيْرِهَا، وَالمُرَادُ بِقَوْله فِيمَا دُونَ المُوضِحَة مَا قَبْلهَا وَهِيَ السِّتُّ المَذْكُورَةُ وَوُجُوبُ حُكُومَة عَدْلٍ فِيهَا إِنَّمَا هُوَ عَلى رِوَايَة غَيْرِ الأَصْل، وَأَمَّا عَلى رِوَايَته فَقَدْ قَال: يَجِبُ **القِصَاصُ فِيمَا فَوْقَ المُوضِحَة**. وَقَوْلُهُ (وَفِي الجَائفَة ثُلُثُ الدِّيَة) قَال فِي الإِيضَاحِ: الجَائفَةُ مَا اتَّصَل إِلى الجَوْفِ مِنْ الصَّدْرِ وَالبَطْنِ وَالظَّهْرِ وَالجَنْبَيْنِ، وَالاسْمُ دَليلٌ عَليْه، وَمَا وَصَل مِنْ الرَّقَبَة إِلى المَوْضِعِ الَّذي إِذَا وَصَل إِليْه الشَّرَابُ كَانَ مُفطِّرًا، وَمَا فَوْقَ ذَلكَ فَليْسَ بِجَائفَة. قَال فِي النِّهَايَة: فَعَلى هَذَا ذُكِرَ الجَائفَةُ هُنَا فِي مَسَائل الشِّجَاجِ وَقَعَ اتِّفَاقًا، وَذَلكَ لأَنَّ الشِّجَاجَ تَخْتَصُّ بِالرَّأْسِ وَالجَبْهَة وَالوَجْه وَالذَّقَنِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا اخْتلافُ عِبَارَة لا يَعُودُ إِلى مَعْنًى)

يَعْنِي يَرْجِعُ إلى مَأْخَذِ الاشْتِقَاقِ، فَمُحَمَّدٌ ذَهَبَ إلى أَنَّ المُتَلاحِمَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ التَحَمَ الشَّيْئَانِ إِذَا اتَّصَلَ أَحَدُهُمَا بِالآخَرِ، فَالمُتَلاحِمَةُ مَا تُظْهِرُ اللَّحْمَ وَلا تَقْطَعُهُ، وَالبَاضِعَةُ بَعْدَهَا لأَنَّهَا تَقْطَعُهُ.

وَبَعدَ هَذَا شَجَّةٌ أُخرَى تُسَمَّى الدَّامِغَةُ وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إلى الدِّمَاغِ، وَإِنَّمَا لم يَذكُرهَا لأَنَّهَا تَقَعُ قَتلا فِي الغَالبِ لا جِنَايَةً مُقتَصِرَةً مُنفَرِدَةً بِحُكمٍ عَلى حِدَةٍ، ثُمَّ هَذِهِ الشِّجَاجُ تَختَصُّ بِالوَجهِ وَالرَّأسِ لُغَةً، وَمَا كَانَ فِي غَيرِ الوَجهِ وَالرَّأسِ يُسَمَّى جِرَاحَةً، وَالحُكمُ مُرَتَّبٌ عَلى الحَقِيقَةِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لو تَحَقَّقَت فِي غَيرِهِمَا نَحوُ السَّاقِ وَاليَدِ لا يَكُونُ لهَا أَرشٌ مُقَدَّرٌ، وَإِنَّمَا تَجِبُ حُكُومَةُ العَدل لأَنَّ التَّقدِيرَ بِالتَّوقِيفِ وَهُوَ إِنَّمَا وَرَدَ فِيمَا يَختَصُّ بِهِمَا، وَلأَنَّهُ إِنَّمَا وَرَدَ الحُكمُ فِيهَا لِمَعنَى الشَّينِ الَّذِي يَلحَقُهُ بِبَقَاءِ أَثَرِ الجِرَاحَةِ، وَالشَّينُ يَختَصُّ بِمَا يَظهَرُ مِنهَا فِي الغَالبِ وَهُوَ العُضوَانِ هَذَانِ لا سِوَاهُمَا. وَأَمَّا اللَّحيَانِ فَقَد قِيل لَيسَا مِن الوَجهِ وَهُوَ قَولُ مَالكٍ، حَتَّى لو وُجِدَ فِيهِمَا مَا فِيهِ أَرشٌ مُقَدَّرٌ لا يَجِبُ المُقَدَّرُ. وَهَذَا لأَنَّ الوَجهَ مُشتَقٌّ مِن المُوَاجِهَةِ، وَلا مُوَاجِهَةَ للنَّاظِرِ فِيهِمَا إلا أَنَّ عِندَنَا هُمَا مِن الوَجهِ لاتِّصَالهِمَا بِهِ مِن غَيرِ فَاصِلةٍ، وَقَد يَتَحَقَّقُ فِيهِ مَعنَى المُوَاجِهَةِ أَيضًا. وَقَالُوا: الجَائِفَةُ تَختَصُّ بِالجَوفِ: جَوفِ الرَّأسِ أَو جَوفِ البَطنِ، وَتَفسِيرُ حُكُومَةِ العَدل عَلى مَا قَالهُ الطَّحَاوِيُّ أَن يُقَوَّمَ مَملُوكًا بِدُونِ هَذَا الأَثَرِ وَيُقَوَّمُ وَبِهِ هَذَا الأَثَرُ، ثُمَّ يَنظُرُ إلى تَفَاوُتِ مَا بَينَ القِيمَتَينِ، فَإِن كَانَ نِصفَ عُشرِ القِيمَةِ يَجِبُ نِصفُ عُشرِ الدِّيَةِ، وَإِن كَانَ رُبعَ عُشرٍ فَرُبعُ عُشرٍ. وَقَال الكَرخِيُّ: يُنظَرُ كَم مِقدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِن المُوضِحَةِ فَيَجِبُ بِقَدرِ ذَلكَ مِن نِصفِ عُشرِ الدِّيَةِ، لأَنَّ مَا لا نَصَّ فِيهِ يُرَدُّ إلى المَنصُوصِ عَليهِ وَالله أعلم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا اللَّحْيَانِ) يُرِيدُ بِهِ **العَظْمَ الَّذِي تَحْتَ الذَّقَنِ**. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ تَحَقَّقَ فِيهِ مَعْنَى المُوَاجَهَةِ) قِيلَ عَلَيْهِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَسْلُهُمَا فَرْضًا فِي الطَّهَارَةِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا تَرَكْنَا هَذِهِ الحَقِيقَةَ بِالإِجْمَاعِ، وَلا إِجْمَاعَ هَاهُنَا فَبَقِيَتْ العِبْرَةُ لِلحَقِيقَةِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَ القِيمَتَيْنِ) مِثَالُهُ إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِنْ غَيْرِ جِرَاحَةٍ تَبْلُغُ أَلْفًا وَمَعَ الجِرَاحَةِ تَبْلُغُ تِسْعَمِائَةٍ عُلِمَ أَنَّ الجِرَاحَةَ أَوْجَبَتْ نُقْصَانَ عُشْرِ قِيمَتِهِ فَأَوْجَبَتْ عُشْرَ الدِّيَةِ لأَنَّ قِيمَةَ الحُرِّ دِيَتُهُ.

قَال قَاضِي خَانْ: وَالفَتْوَى عَلى هَذَا. وَقَوْلُهُ (يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّة مِنْ المُوضِحَة) بَيَانُهُ أَنَّ هَذِه الشَّجَّةَ لوْ كَانَتْ بَاضِعَةً مَثَلا فَإِنَّهُ يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ البَاضِعَة مِنْ المُوضِحَة، فَإِنْ كَانَ مِقْدَارُهَا ثُلُثَ المُوضِحَة وَجَبَ ثُلُثُ أَرْشِ المُوضِحَة، وَإِنْ كَانَ رُبْعَ المُوضِحَة يَجِبُ رُبْعُ أَرْشِ المُوضِحَة، وَإِنْ كَانَ ثَلاثَةَ أَرْبَاعِ المُوضِحَة يَجِبُ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ أَرْشِ المُوضِحَة. قَال شَيْخُ الإسْلامِ: هَذَا هُوَ الأَصَحُّ لِحَدِيثِ عَلِيٍّ فَإِنَّهُ اعْتَبَرَ **حُكُومَةَ العَدْلِ فِي الَّذِي قُطِعَ طَرَفُ** لِسَانِه بِهَذَا الاعْتِبَارِ وَلَمْ يَعْتَبِرْ بِالعَبِيدِ.

فَصلٌ

قَال (وَفِي أَصَابِعِ اليَدِ نِصفُ الدِّيَةِ) لأَنَّ فِي كُلِّ أُصبعٍ عُشرُ الدِّيَةِ عَلى مَا رَوَينَا، فَكَانَ فِي الخَمسِ نِصفُ الدِّيَةِ وَلأَنَّ فِي قَطعِ الأَصَابِعِ تَفوِيتَ جِنسِ مَنفَعَةِ البَطشِ وَهُوَ المُوجِبُ عَلى مَا مَرَّ (فَإِن قَطعَهَا مَعَ الكَفِّ فَفِيهِ أَيضًا نِصفُ الدِّيَةِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَفِي اليَدَينِ الدِّيَةُ وَفِي إِحدَاهُمَا نِصفُ الدِّيَةِ وَلأَنَّ الكَفَّ تَبَعٌ لِلأَصَابِعِ لأَنَّ البَطشَ بِهَا (وَإِن قَطعَهَا مَعَ نِصفِ السَّاعِدِ فَفِي الأَصَابِعِ وَالكَفِّ نِصفُ الدِّيَةِ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدلٍ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ، وَعَنهُ أَنَّ مَا زَادَ عَلى أَصَابِعِ اليَدِ وَالرِّجلِ فَهُوَ تَبَعٌ لِلأَصَابِعِ إِلى المَنكِبِ وَإِلى الفَخِذِ لأَنَّ الشَّرعَ أَوجَبَ فِي اليَدِ الوَاحِدَةِ نِصفَ الدِّيَةِ، وَاليَدُ اسمٌ لِهَذِهِ الجَارِحَةِ إِلى المَنكِبِ فَلا يُزَادُ عَلى تَقدِيرِ الشَّرعِ وَلَهُمَا أَنَّ اليَدَ آلَةٌ بَاطِشَةٌ وَالبَطشُ يَتَعَلَّقُ بِالكَفِّ، وَالأَصَابِعُ دُونَ الذِّرَاعِ فَلَم يَجعَل الذِّرَاعَ تَبَعًا فِي حَقِّ التَّضمِينِ وَلأَنَّهُ لا وَجهَ إِلى أَن يَكُونَ تَبَعًا لِلأَصَابِعِ لأَنَّ بَينَهُمَا عُضوًا كَامِلا وَلا إِلى أَن يَكُونَ تَبَعًا لِلكَفِّ لأَنَّهُ تَابِعٌ وَلا تَبَعَ لِلتَّبَعِ.

قَال: (وَإِن قَطَعَ الكَفَّ مِن المِفصَلِ وَفِيهَا أُصبُعٌ وَاحِدَةٌ فَفِيهِ عُشرُ الدِّيَةِ، وَإِن كَانَ أُصبُعَينِ فَالخُمُسُ، وَلا شَيءَ فِي الكَفِّ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يُنظَرُ إِلى أَرشِ الكَفِّ وَالأُصبُعِ فَيَكُونُ عَلَيهِ الأَكثَرُ، وَيَدخُلُ القَلِيلُ فِي الكَثِيرِ لأَنَّهُ لا وَجهَ إِلى الجَمعِ بَينَ الأَرشَينِ لأَنَّ الكُلَّ شَيءٌ وَاحِدٌ، وَلا إِلى إِهدَارِ أَحَدِهِم لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَصلٌ مِن وَجهٍ فَرَجَّحنَا بِالكَثرَةِ. وَلَهُ أَنَّ الأَصَابِعَ أَصلٌ وَالكَفُّ تَابِعٌ حَقِيقَةً وَشَرعًا، لأَنَّ البَطشَ يَقُومُ بِهَا، وَأَوجَبَ الشَّرعُ فِي أُصبُعٍ وَاحِدَةٍ عَشرًا مِن الإِبِلِ، وَالتَّرجِيحُ مِن حَيثُ الذَّاتُ وَالحُكمُ أَولى مِن التَّرجِيحِ مِن حَيثُ مِقدَارُ الوَاجِبِ (وَلَو كَانَ فِي الكَفِّ ثَلاثَةُ أَصَابِعَ

يَجِبُ أَرشُ الأَصَابِعِ وَلا شَيءَ فِي الكَفِّ بِالإِجمَاعِ) لأنَّ الأَصَابِعَ أُصُولٌ فِي التَّقوِيمِ، وَللأَكثَرِ حُكمُ الكُلِّ فَاستَتبَعَت الكَفَّ، كَمَا إِذَا كَانَت الأَصَابِعُ قَائِمَةً بِأَسرِهَا. قَال (وَفِي الأُصبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدلٍ) تَشرِيفًا للآدَمِيِّ لأَنَّهُ جُزءٌ مِن يَدِهِ، وَلَكِن لا مَنفَعَةَ فِيهِ وَلا زِينَةَ (وَكَذَلكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ) لمَا قُلنَا.

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا كَانَتْ الأَطْرَافُ دُونَ الرَّأْسِ وَلَهَا حُكْمٌ عَلى حِدَةٍ ذَكَرَهَا فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ (**فِي أَصَابِعِ اليَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ**) لأَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرَ الدِّيَةِ عَلى مَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِه ﷺ «**فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِنْ الإِبلِ**» وَقَوْلُهُ (عَلى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِه وَلأَنَّ فِي قَطْعِ الكُلِّ تَفْوِيتَ جِنْسِ المَنْفَعَةِ إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَلا تَبَعَ للتَّبَعِ) يَعْنِي وَإِذَا لَمْ يَكُنْ تَبَعًا للأَصَابِعِ وَلا للكَفِّ وَجَبَ اعْتِبَارُهُ عَلى حِدَةٍ إِذْ لا وَجْهَ لإِهْدَارِه، وَلَمْ يَرِدْ فِيه مِنْ الشَّارِعِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ فَيَجِبُ فِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ. وَأُجِيبَ عَنْ قَوْلِه وَاليَدُ اسْمٌ لِهَذِه الجَارِحَةِ بِالمَنْعِ، فَإِنَّ اليَدَ إِذَا ذُكِرَتْ فِي مَوْضِعِ القَطْعِ فَالمُرَادُ بِهِ مِنْ مَفْصِلِ الزَّنْدِ كَمَا فِي آيَةِ السَّرِقَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَطَعَ الكَفَّ مِنْ المَفْصِلِ) وَاضِحٌ (وَقَوْلُهُ وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ وَالحُكْمُ أَوْلى مِنْ التَّرْجِيحِ مِنْ حَيْثُ مِقْدَارُ الوَاجِبِ) يَعْنِي أَنَّ التَّرْجِيحَ مِنْ حَيْثُ الحَقِيقَةُ وَالشَّرْعُ، أَمَّا مِنْ حَيْثُ الحَقِيقَةُ فَهُوَ أَنَّ البَطْشَ بِالأَصَابِعِ، وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الحُكْمُ فَلأَنَّ الأُصْبُعَ لهُ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وَالكَفُّ لَيسَ كَذَلكَ، وَمَا ثَبَتَ فِيه التَّقْدِيرُ شَرْعًا فَهُوَ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ، وَمَا لا تَقْدِيرَ فِيهِ شَرْعًا فَهُوَ ثَابِتٌ بِالرَّأْيِ، وَهُوَ لا يُعَارِضُ النَّصَّ فَكَانَ مَا ثَبَتَ فِيه التَّقْدِيرُ نَصًّا أَوْلى، فَإِنَّ المَصِيرَ إِلى الرَّأْيِ ضَرُورَةٌ وَلا ضَرُورَةَ عِنْدَ إِمْكَانِ إِيجَابِ الأَرْشِ المُقَدَّرِ شَرْعًا. وَلَمَّا كَانَ الاعْتِبَارُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لتَقْدِيرِ الشَّرْعِ نَصًّا لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ البَاقِي مِنْ الأَصَابِعِ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ لأَنَّ للأُصْبُعِ الوَاحِدَةِ أَرْشًا مُقَدَّرًا فَيُجْعَلُ الكَفُّ تَبَعًا للأُصْبُعِ الوَاحِدَةِ، وَكَذَا المَفْصِلُ الوَاحِدُ مِنْ الأُصْبُعِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لأَنَّ لهُ أَرْشًا مُقَدَّرًا، وَمَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْ الأَصْلِ وَإِنْ قَلَّ فَلا حُكْمَ للتَّبَعِ.

وَقَوْلُهُ (فِي الأُصْبُعِ الزَّائِدِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) يَعْنِي سَوَاءٌ قُطِعَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، وَسَوَاءٌ كَانَ للقَاطِعِ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ أَوْ لا، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلى قَطْعِ أُصْبُعٍ أُخْرَى فَلا

يَجبُ القِصَاصُ، كَمَنْ **قَطَعَ إِبْهَامَ إِنْسَانٍ وَلَيْسَ لَهُ إِبْهَامٌ** وَلأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي القِيمَةِ شَرْطُ جَرَيَانِ القِصَاصِ وَلَمْ تُوجَدْ لأَنَّ قِيمَةَ الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَقِيمَةُ الأُصْبُعِ الغَيْرِ الزَّائِدَةِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَلا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا فِي القِيمَةِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ فَلأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي القِيمَةِ يَقِينًا شَرْطُ جَرَيَانِ القِصَاصِ وَلَمْ يُوجَدْ لِمَا قُلْنَا إِنَّ الوَاجِبَ فِي قَطْعِ الزَّائِدِ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَهِيَ تُعْرَفُ بِالقِيمَةِ وَالقِيمَةُ تُعْرَفُ بِالحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلا يَقِينَ ثَمَّةَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ وَلكِنْ لا مَنْفَعَةَ فِيهِ وَلا زِينَةَ) قِيلَ عَلَيْهِ إِنَّهُ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا **كَانَ فِي ذَقَنِ رَجُلٍ شُعَيرَاتٌ مَعْدُودَةٌ فَأَزَالَهَا رَجُلٌ وَلَمْ يَنْبُتْ مِثْلُهَا فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبْ** حُكُومَةُ عَدْلٍ وَإِنْ كَانَ الشَّعْرُ جُزْءًا مِنْ الآدَمِيِّ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لا يَحِلُّ الانْتِفَاعُ بِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِزَالَةَ جُزْءِ الآدَمِيِّ إِنَّمَا تُوجِبُ حُكُومَةَ عَدْلٍ إِذَا بَقِيَ مِنْ أَثَرِهِ مَا يَشِينُهُ كَمَا فِي **قَطْعِ الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ**، وَإِزَالَةُ الشَّعَرَاتِ تُزَيِّنُهُ لا تَشِينُهُ فَلا تُوجِبُهَا، كَمَا لَوْ قَصَّ ظُفْرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ) أَيْ الزَّائِدَةُ (لِمَا قُلْنَا) يُرِيدُ قَوْلَهُ لأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، فَإِنَّ السِّنَّ جُزْءٌ مِنْ فَمِهِ وَالسِّنُّ الشَّاغِيَةُ هِيَ الَّتِي يُخَالِفُ نَبْتُهَا نَبْتَ غَيْرِهَا مِنْ الأَسْنَانِ: يُقَالُ رَجُلٌ أَشْغَى وَامْرَأَةٌ شَغْوَاءُ، فَإِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً فَهِيَ نُقْصَانٌ مَعْنًى.

(وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَم تُعلم صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدلٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ فِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، لأَنَّ الغَالِبَ فِيهِ الصِّحَّةُ فَأَشبَهَ قَطعَ المَارِنِ وَالأُذُنِ. وَلَنَا أَنَّ المَقصُودَ مِن هَذِهِ الأَعضَاءِ المَنفَعَةُ، فَإِن لَم يُعلم صِحَّتُهَا لا يَجِبُ الأَرشُ الكَامِلُ بِالشَّكِّ، وَالظَّاهِرُ لا يَصلُحُ حُجَّةً لِلإِلزَامِ بِخِلافِ المَارِنِ وَالأُذُنِ الشَّاخِصَةِ، لأَنَّ المَقصُودَ هُوَ الجَمَالُ وَقَد فَوَّتَهُ عَلَى الكَمَالِ (وَكَذَا لَو استَهَلَّ الصَّبِيُّ) لأَنَّهُ لَيسَ بِكَلامٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ صَوتٍ وَمَعرِفَةُ الصِّحَّةِ فِيهِ بِالكَلامِ وَفِي الذَّكَرِ بِالحَرَكَةِ وَفِي العَينِ بِمَا يُستَدَلُّ بِهِ عَلَى النَّظَرِ فَيَكُونُ حُكمُهُ بَعدَ ذَلِكَ حُكمَ البَالِغِ فِي العَمدِ وَالخَطَإِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالظَّاهِرُ لا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلإِلْزَامِ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالإِلْزَامِ لأَنَّ مِثْلَ هَذَا الظَّاهِرِ يَصْلُحُ حُجَّةً لِغَيْرِ الإِلْزَامِ، حَتَّى لَوْ **أَعْتَقَ صَغِيرًا لا يُعْلَمُ صِحَّةُ هَذِهِ الأَعْضَاءِ مِنْهُ يَقِينًا** يَخْرُجُ عَنْ عُهْدَةِ الكَفَّارَةِ لأَنَّ الغَالِبَ هُوَ السَّلامَةُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ قَبْلُ فِي قَوْلِهِ وَيَجْزِيهِ رَضِيعٌ.

قَال: (وَمَن شَجَّ رَجُلا فَذَهَبَ عَقلُهُ أَو شَعرُ رَأسِهِ دَخَل أَرشُ المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ) لأَنَّ بِفَوَاتِ العَقل تَبطُلُ مَنفَعَةُ جَمِيعِ الأَعضَاءِ فَصَارَ كَمَا إذَا أَوضَحَهُ فَمَاتَ، وَأَرشُ المُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزءٍ مِن الشَّعرِ، حَتَّى لو نَبَتَ يَسقُطُ، وَالدِّيَةُ بِفَوَاتِ كُلِّ الشَّعرِ وَقَد تَعَلَّقَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَدَخَل الجُزءُ فِي الجُملَةِ كَمَا إذَا قَطَعَ أُصبُعَ رَجُلٍ فَشُلَّت يَدُهُ. وَقَال زُفَرُ: لا يَدخُلُ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفسِ فَلا يَتَدَاخَلانِ كَسَائِرِ الجِنَايَاتِ. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرنَاهُ. قَال (وَإِن ذَهَبَ سَمعُهُ أَو بَصَرُهُ أَو كَلامُهُ فَعَلَيهِ أَرشُ المُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ) قَالُوا: هَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشَّجَّةَ تَدخُلُ فِي دِيَةِ السَّمعِ وَالكَلامِ وَلا تَدخُلُ فِي دِيَةِ البَصَرِ. وَجهُ الأَوَّل أَنَّ كُلا مِنهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفسِ وَالمَنفَعَةُ مُختَصَّةٌ بِهِ فَأَشبَهَ الأَعضَاءَ المُختَلِفَةَ، بِخِلافِ العَقل لأَنَّ مَنفَعَتَهُ عَائِدَةٌ إلى جَمِيعِ الأَعضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَوَجهُ الثَّانِي أَنَّ السَّمعَ وَالكَلامَ مُبطَنٌ فَيُعتَبَرُ بِالعَقل، وَالبَصَرُ ظَاهِرٌ فَلا يَلحَقُ بِهِ. قَال (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَن شَجَّ رَجُلا مُوضِحَةً فَذَهَبَت عَينَاهُ فَلا قِصَاصَ فِي ذَلك) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالُوا: وَيَنبَغِي أَن تَجِبَ الدِّيَةُ فِيهِمَا (وَقَالا: فِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ) قَالُوا: وَيَنبَغِي أَن تَجِبَ الدِّيَةُ فِي العَينَينِ.

قَال (وَإِن قَطَعَ أُصبُعَ رَجُلٍ مِن المِفصَل الأَعلى فَشُلَّ مَا بَقِيَ مِن الأُصبُعِ أَو اليَدِ كُلِّهَا لا قِصَاصَ عَلَيهِ فِي شَيءٍ مِن ذَلك) وَيَنبَغِي أَن تَجِبَ الدِّيَةُ فِي المِفصَل الأَعلى وَفِيمَا بَقِيَ حُكُومَةُ عَدلٍ (وَكَذَلكَ لو كَسَرَ سِنَّ رَجُلٍ فَاسوَدَّ مَا بَقِيَ) وَلَم يَحكِ خِلافًا وَيَنبَغِي أَن تَجِبَ الدِّيَةُ فِي السِّنِّ كُلِّهِ (وَلو قَال: اقطَع المِفصَل وَاترُك مَا يَبِسَ أَو اكسِر القَدرَ المَكسُورَ وَاترُك البَاقِيَ لم يَكُن لهُ ذَلكَ) لأَنَّ الفِعل فِي نَفسِهِ مَا وَقَعَ مُوجِبًا للقَوَدِ فَصَارَ كَمَا لو شَجَّهُ مُنَقِّلَةً فَقَال: أَشُجُّهُ مُوضِحَةً أَترُكُ الزِّيَادَةَ. لهُمَا فِي الخِلافِيَّةِ أَنَّ الفِعل فِي مَحَلَّينِ فَيَكُونُ جِنَايَتَينِ مُبتَدَأَتَينِ فَالشُّبهَةُ فِي إحدَاهُمَا لا تَتَعَدَّى إلى الأُخرَى، كَمَن رَمَى إلى رَجُلٍ عَمدًا فَأَصَابَهُ وَنَفَذَ مِنهُ إلى غَيرِهِ فَقَتَلَهُ يَجِبُ القَوَدُ فِي الأَوَّل وَالدِّيَةُ فِي الثَّانِي. وَلهُ أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولى سَارِيَةٌ وَالجَزَاءُ بِالمِثل، وَليسَ فِي وُسعِهِ السَّارِي فَيَجِبُ المَالُ، وَلأَنَّ الفِعل وَاحِدٌ حَقِيقَةً وَهُوَ الحَرَكَةُ القَائِمَةُ، وَكَذَا المَحَلُّ مُتَّحِدٌ مِن وَجهٍ لاتِّصَالِ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ فَأَورَثَت نِهَايَتُهُ شُبهَةَ الخَطَإِ فِي البِدَايَةِ، بِخِلافِ النَّفسَينِ لأَنَّ أَحَدَهُمَا ليسَ مِن سِرَايَةِ صَاحِبِهِ، وَبِخِلافِ مَا إذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلَى الأُصبُعِ لأَنَّهُ ليسَ

فِعلا مَقصُودًا. قَال: (وَإن قَطعَ أُصبُعًا فَشُلَّت إلى جَنبِهَا أُخرَى فَلا قِصَاصَ فِي شَيءٍ مِن ذَلك) عِندَ أبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا هُمَا وَزُفَرُ وَالحَسَنُ: يُقتَصُّ مِن الأُولى وَفِي الثَّانِيَةِ أَرشُهَا. وَالوَجهُ مِن الجَانِبَينِ قَد ذَكَرنَاهُ. وَرَوَى ابنُ سِمَاعَةَ عَن مُحَمَّدٍ فِي المَسأَلَةِ الأُولى وَهُوَ مَا إذَا شَجَّ مُوضِحَةً فَذَهَبَ بَصَرُهُ أَنَّهُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا لأَنَّ الحَاصِلَ بِالسِّرَايَةِ مُبَاشَرَةً كَمَا فِي النَّفسِ وَالبَصَرُ يَجرِي فِيهِ القِصَاصُ، بِخِلافِ الخِلافِيَّةِ الأَخِيرَةِ لأَنَّ الشَّلَل لا قِصَاصَ فِيهِ، فَصَارَ الأَصلُ عِندَ مُحَمَّدٍ عَلى هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ سِرَايَةَ مَا يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ إلى مَا يُمكِنُ فِيهِ القِصَاصُ يُوجِبُ الاقتِصَاصَ كَمَا لو آلت إلى النَّفسِ وَقَد وَقَعَ الأَوَّلُ ظُلمًا. وَوَجهُ المَشهُورِ أَنَّ ذَهَابَ البَصَرِ بِطَرِيقِ التَّسبِيبِ؛ أَلا يَرَى أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَت مُوجِبَةً فِي نَفسِهَا وَلا قَوَدَ فِي التَّسبِيبِ، بِخِلافِ السِّرَايَةِ إلى النَّفسِ لأَنَّهُ لا تَبقَى الأُولى فَانقَلبَت الثَّانِيَةُ مُبَاشَرَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَهُمَا فِي الخِلافِيَّة) أَيْ فِيمَا إذَا **شَجَّ رَجُلا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ**، قَالا: يَجِبُ فِي المُوضِحَة القِصَاصُ وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ (وَلَهُ) أَيْ وَلأَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولى سَارِيَةٌ) وَالجِرَاحَةُ الَّتِي تَعْمَلُ قِصَاصًا قَدْ لا تَكُونُ سَارِيَةً إذْ لَيْسَ فِي وُسْعِه فِعْلُ ذَلكَ فَلا يَكُون مِثْلا للأُولى، وَلا قِصَاصَ بِدُون المُمَاثَلة (وَلأَنَّ الفِعْل وَاحِدٌ وَهُوَ الحَرَكَةُ القَائِمَةُ) أَيْ الثَّابِتَةُ حَال الشَّجِّ (وَكَذَا المَحَلُّ) أَيْ مَحَلُّ الجِنَايَتَيْنِ (وَاحِدٌ مِنْ وَجْه لاتِّصَال أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ) وَنِهَايَةُ الجِنَايَة لَمْ تُوجِبْ القِصَاصَ بِالاتِّفَاق فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ فِي البِدَايَة نَظَرًا إلى اتِّحَادِهِمَا. وَقَوْلُهُ (بِخِلاف النَّفْسَيْن) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَنْ **رَمَى إلى رَجُلٍ عَمْدًا فَأَصَابَهُ وَتَعَدَّى إلى غَيْرِه فَقَتَلَهُ**.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّا جَعَلنَا الفِعْل وَاحِدًا مِنْ حَيْثُ إنَّ الثَّانِيَ حَصَل مِنْ سِرَايَة الأَوَّل وَهَاهُنَا لَيسَ كَذَلكَ، فَإِنَّ السِّرَايَةَ إنَّمَا تَكُونُ بِتَعَاقُب الآلامِ وَهُوَ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي شَخْصٍ وَاحِد. قَوْلُهُ (وَبِخِلاف مَا إذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلى الأُصْبُع) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: **إذَا قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ عَمْدًا فَاضْطَرَبَ السِّكِّينُ وَوَقَعَ عَلى أُصْبُعٍ أُخْرَى فَقَطَعَهَا** يُقْتَصُّ للأُولى دُونَ الثَّانِيَة، فَمَا بَالُ مَسْأَلتِنَا لَمْ تَكُنْ كَذَلكَ؟ وَوَجْهُهُ أَنَّ القَطْعَ الثَّانِي إنَّمَا لَمْ يُورِثْ الشُّبْهَةَ فِي القِصَاصِ لأَنَّهُ فِعْلٌ مَقْصُودٌ، وَأَمَّا ذَهَابُ العَيْنِ بِالسِّرَايَة فَلَيْسَ بِفِعْلٍ مَقْصُود.

فَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلا مَقْصُودًا) الضَّمِيرُ فِيهِ عَائِدٌ إلى ذَهَابِ العَيْنِ بِالسِّرَايَةِ، وَبِهَذَا التَّوْجِيهِ يَنْدَفِعُ مَا قَالَ فِي النِّهَايَةِ إنَّ فِي قَوْلِهِ لأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلا مَقْصُودًا نَظَرًا، وَأَنَّ الصَّوَابَ مَا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ مَقْصُودٌ وَلَكِنْ لَيْسَ مِنْ أَثَرِهِ، فَإِنَّهُ رَجَعَ الضَّمِيرُ إلى الفِعْلِ الثَّانِي فَاخْتَلَّ الكَلامُ وَقَدْ ذَكَرَ المُصَنِّفُ فَرْقَيْنِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَ مِنْ الدَّلِيلَيْنِ: الأَوَّلُ بِالنِّسْبَةِ إلى الأَوَّلِ، وَالثَّانِي إلى الثَّانِي.

(وَقَالا وَزُفَرُ) تَرْكِيبٌ غَيْرُ جَائِزٍ، وَلَوْ قَالَ: وَقَالا هُمَا وَزُفَرُ كَانَ صَوَابًا. وَقَوْلُهُ (وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ آنِفًا) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَمَنْ شَجَّ رَجُلا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ إلخْ. وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا) أَيْ فِي الشَّجَّةِ وَذَهَابِ البَصَرِ، فَرَّقَ مُحَمَّدٌ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ ذَهَابِ البَصَرِ مِنْ الشَّجَّةِ وَبَيْنَ ذَهَابِ السَّمْعِ مِنْهَا فَأَوْجَبَ القِصَاصَ فِيهِمَا فِي الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، لأَنَّهُ لَوْ ذَهَبَ سَمْعُهُ بِفِعْلٍ مَقْصُودٍ بِأَنْ ضُرِبَ عَلَى رَأْسِهِ حَتَّى ذَهَبَ سَمْعُهُ لا يَجِبُ القِصَاصُ لِتَعَذُّرِ اعْتِبَارِ المُسَاوَاةِ، بِخِلافِ البَصَرِ فَإِنَّ ذَهَابَهُ إنْ كَانَ بِفِعْلٍ مَقْصُودٍ يَجِبُ القِصَاصُ فَكَذَلِكَ بِسِرَايَةِ المُوضِحَةِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الخِلافِيَّةِ الأَخِيرَةِ) يَعْنِي قَوْلَهُ وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إلى جَنْبِهَا أُخْرَى. وَقَوْلُهُ (أَلا يُرَى أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا) حَتَّى وَجَبَ أَرْشُهَا مَعَ دِيَةِ العَيْنَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالقِصَاصُ فِي المُوضِحَةِ وَالأَرْشُ فِي العَيْنَيْنِ عِنْدَهُمَا.

قَالَ: (وَلو كَسَرَ بَعضَ السِّنِّ فَسَقَطَت فَلا قِصَاصَ) إلا عَلَى رِوَايَةِ ابنِ سِمَاعَةَ (وَلو أَوضَحَهُ مُوضِحَتَينِ فَتَآكَلَتَا فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَينِ هَاتَينِ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَتَآكَلَتَا) أَيْ صَارَتَا وَاحِدَةً بِالأَكْلِ (فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ) أَيْ الرِّوَايَةِ المَشْهُورَةِ وَرِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ (عَنْ مُحَمَّدٍ) يَعْنِي لا قِصَاصَ عَلَى المَشْهُورِ، وَفِيهِمَا القِصَاصُ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ.

قَالَ: (وَلو قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَت مَكَانَهَا أُخرَى سَقَطَ الأَرشُ فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: عَلَيهِ الأَرشُ كَامِلا) لأَنَّ الجِنَايَةَ قَد تَحَقَّقَت وَالحَادِثُ نِعمَةٌ مُبتَدَأَةٌ مِن اللَّهِ تَعَالَى. وَلَهُ أَنَّ الجِنَايَةَ انعَدَمَت مَعنًى فَصَارَ كَمَا إذَا قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ فَنَبَتَت لا يَجِبُ الأَرشُ بِالإِجمَاعِ لأَنَّهُ لم يُفتِ عَلَيهِ مَنفَعَةً وَلا زِينَةً (وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدلٍ)

لمَكَانِ الألمِ الحَاصِلِ (وَلو قلعَ سِنَّ غيرِهِ فردَّهَا صَاحِبُهَا فِي مَكَانِهَا وَنَبَتَ عَليهِ اللَّحمُ فعَلى القَالعِ الأرشُ بِكمَالهِ) لأنَّ هَذا مِمَّا لا يُعتَدُّ بِهِ إذ العُرُوقُ لا تَعُودُ (وَكذَا إذَا قطَعَ أُذُنَهُ فَألصقَهَا فالتَحمَت) لأنَّهَا لا تَعُودُ إلى مَا كَانَت عَليهِ.

الشرح:

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا قَلعَ سِنَّ بَالغٍ فَنَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَى يَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِمَكَانِ الأَلمِ الحَاصِلِ يُقَوَّمُ وَلَيْسَ بِهِ هَذَا الأَلمُ وَيُقَوَّمُ وَبِهِ هَذَا الأَلمُ، فَيَجِبُ مَا انْتَقَصَ مِنْهُ بِسَبَبِ الأَلمِ مِنْ القِيمَةِ.

(وَمَن نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَانتَزَعَ المَنزُوعَةُ سِنُّهُ سِنَّ النَّازِعِ فَنَبَتَت سِنُّ الأوَّل فَعَلى الأوَّل لِصَاحِبِهِ خَمسُمِائَةِ دِرهَمٍ) لأنَّهُ تَبَيَّنَ أنَّهُ استَوفَى بِغَيرِ حَقٍّ لأنَّ المُوجِبَ فَسَادُ المَنبَتِ وَلم يَفسُد حَيثُ نَبَتَ مَكَانَهَا أُخرَى فَانعَدَمَت الجِنَايَةُ، وَلِهَذَا يُستَأنَى حَولا بِالإجمَاعِ، وَكَانَ يَنبَغِي أن يُنتَظَرَ اليَأسُ فِي ذَلكَ لِلقِصَاصِ، إلا أنَّ فِي اعتِبَارِ ذَلكَ تَضيِيعَ الحُقُوقِ فَاكتَفَينَا بِالحَول لأنَّهُ تَنبُتُ فِيهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا مَضَى الحَولُ وَلم تَنبُت قَضَينَا بِالقِصَاصِ، وَإِذَا نَبَتَت تَبَيَّنَ أنَّا أخطَأنَا فِيهِ وَالاستِيفَاءُ كَانَ بِغَيرِ حَقٍّ، إلا أنَّهُ لا يَجِبُ القِصَاصُ لِلشُّبهَةِ فَيَجِبُ المَالُ.

قَال: (وَلو ضَرَبَ إنسَانٌ سِنَّ إنسَانٍ فَتَحَرَّكَت يُستَأنَى حَولا) لِيَظهَرَ أثَرُ فِعلِهِ (فَلو أجَّلهُ القَاضِي سَنَةً ثُمَّ جَاءَ المَضرُوبُ وَقَد سَقَطَت سِنُّهُ فَاختَلفَا قَبل السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَربِهِ فَالقَولُ لِلمَضرُوبِ) لِيَكُونَ التَّأجِيلُ مُفِيدًا، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا شَجَّهُ مُوضِحَةً فَجَاءَ وَقَد صَارَت مُنَقِّلَةً فَاختَلفَا حَيثُ يَكُونُ القَولُ قَول الضَّارِبِ لأنَّ المُوضِحَةَ لا تُورِثُ المُنَقِّلَةَ، أمَّا التَّحرِيكُ فَيُؤَثِّرُ فِي السُّقُوطِ فَافتَرَقَا (وَإن اختَلفَا فِي ذَلكَ بَعدَ السَّنَةِ فَالقَولُ لِلضَّارِبِ) لأنَّهُ يُنكِرُ أثَرَ فِعلِهِ وَقَد مَضَى الأجَلُ الَّذِي وَقَّتَهُ القَاضِي لِظُهُورِ الأثَرِ فَكَانَ القَولُ لِلمُنكِرِ (وَلو لم تَسقُط لا شَيءَ عَلى الضَّارِبِ) وَعَن أبِي يُوسُفَ أنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ الألمِ، وَسَنُبَيِّنُ الوَجهَينِ بَعدَ هَذَا إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى (وَلو لم تَسقُط وَلكِنَّهَا اسوَدَّت يَجِبُ الأرشُ فِي الخَطَإِ عَلى العَاقِلةِ وَفِي العَمدِ فِي مَالهِ، وَلا يَجِبُ القِصَاصُ) لأنَّهُ لا يُمكِنُهُ أن يَضرِبَهُ ضَربًا تَسوَدُّ مِنهُ (وَكَذَا إذَا كَسَرَ بَعضَهُ وَاسوَدَّ البَاقِي) لا قِصَاصَ لِمَا ذَكَرنَا (وَكَذَا لو احمَرَّ أو اخضَرَّ) وَلو اصفَرَّ فِيهِ رِوَايَتَانِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَنَبَتَتْ سِنُّ الأَوَّل) يَعْنِي بِغَيْرِ اعْوِجَاجٍ، وَإِنْ نَبَتَ مُعْوَجًّا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُسْتَأْنَى حَوْلا) أَيْ يُؤَجَّلُ سَنَةً (بِالإِجْمَاعِ) وَقَال فِي التَّتِمَّة: حَتَّى يَبْرَأَ مَوْضِعُ السِّنِّ لا الحَوْلُ هُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّ نَبَاتَ سِنِّ البَالِغِ نَادِرٌ فَلا يُفِيدُ التَّأْجِيلُ قَبْلَهُ وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ، وَإِنَّمَا الظَّاهِرُ مَا قَال المُصَنِّفُ لأَنَّ الحَوْل مُشْتَمِلٌ عَلى الفُصُول الأَرْبَعَة، وَلَهَا تَأْثِيرٌ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ الإِنْسَان، فَلَعَلَّ فَصْلا مِنْهَا يُوَافِقُ مِزَاجَ المَجْنِيِّ عَلَيْه فَيُؤَثِّرُ فِي إِنْبَاتِه، وَلكِنَّ قَوْلَهُ بِالإِجْمَاعِ فِيه نَظَرٌ، لأَنَّهُ قَال فِي الذَّخِيرَة: وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا قَالُوا: **الاسْتِينَاءُ حَوْلا فِي فَصْل القَلعِ فِي البَالِغِ وَالصَّغِيرِ** جَمِيعًا لِقَوْلِه ﷺ «**فِي الجِرَاحَات كُلِّهَا يُسْتَأْنَى حَوْلا** » وَهُوَ كَمَا تَرَى يُنَافِي الإِجْمَاعَ.

وَقَوْلُهُ (فَاخْتَلَفَا قَبْل السَّنَة) أَيْ قَال المَضْرُوبُ إِنَّمَا سَقَطَ سِنِّي بِضَرْبِك وَقَال الضَّارِبُ بِسَبَبٍ آخَرَ. وَقَوْلُهُ (لِيَكُونَ التَّأْجِيلُ مُفِيدًا) يَعْنِي أَنَّ التَّأْجِيل إِنَّمَا كَانَ لِيَظْهَرَ عَاقِبَةُ الأَمْر، فَلوْ لَمْ يُقْبَل قَوْلُهُ كَانَ التَّأْجِيلُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ) أَيْ فِي سُقُوطِ السِّنِّ بَعْدَ السَّنَة. وَقَوْلُهُ (وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ) أَيْ وَجْهَ قَوْلِه لا شَيْءَ عَلى الضَّارِبِ وَوَجْهَ حُكُومَةِ الأَلمِ. وَقَوْلُهُ (يَجِبُ الأَرْشُ كَامِلا) وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ لا يُمْكِنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا يَسْوَدُّ مِنْهُ، وَلَمْ يَفْصِل بَيْنَ مَا إِذَا كَانَتْ السِّنُّ مِنْ الأَضْرَاسِ الَّتِي لا تُرَى أَوْ مِنْ الأَسْنَان الَّتِي تُرَى. وَقَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ عَلى التَّفْصِيل، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ الأَضْرَاسِ فَالمُعْتَبَرُ فِي وُجُوبِ كَمَال الأَرْشِ فَقْدُ مَنْفَعَةِ المَضْغِ بِالاسْوِدَادِ دُونَ الجَمَال لأَنَّهُ لَيْسَ بِظَاهِرٍ فَفِيه حُكُومَةُ عَدْلٍ.

وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُرَى فَالأَمْرُ بِالعَكْسِ، وَلَمْ يَذْكُرْ الاصْفِرَارَ وَهُوَ كَالاسْوِدَاد عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ يَجِبُ كَمَالُ الأَرْشِ وَعِنْدَ آخَرِينَ حُكُومَةُ عَدْلٍ لأَنَّهُ لَمْ يُفَوِّتْ جِنْسَ مَنْفَعَةِ السِّنِّ وَلا فَوَّتَ الجَمَال عَلى الكَمَال لأَنَّ الصُّفْرَةَ قَدْ تَكُونُ لوْنَ الأَسْنَان فِي بَعْضِ الإِنْسَانِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ فِيه نَوْعُ نَقْصٍ فَتَجِبُ الحُكُومَةُ، بِخِلافِ الحُمْرَةِ وَالخُضْرَة وَالسَّوَادِ لأَنَّهَا لا تَكُونُ لوْنَ الأَسْنَانِ بِحَالٍ فَكَانَ مُفَوِّتًا لِلجَمَال عَلى الكَمَال إِذَا كَانَتْ بَادِيَةً.

قَال: (وَمَن شَجَّ رَجُلا فَالتَحمَت وَلم يَبقَ لهَا أَثرٌ وَنَبَتَ الشَّعرُ سَقَطَ الأَرشُ) عِندَ أَبِي حَنِيفَة لزَوَال الشَّينِ المُوجِبِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ عليهِ أَرشُ الأَلمِ وَهُوَ حُكُومَة عَدلٍ، لأَنَّ الشَّينَ إن زَال فَالأَلمُ الحَاصِلُ مَا زَال فَيَجِبُ تَقوِيمُهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ: عليهِ أُجرَةُ الطَّبِيبِ، لأَنَّهُ إِنَّمَا لزِمَهُ الطَّبِيبُ وَثَمَنُ الدَّوَاءِ بِفِعلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذَلكَ مِن مَالهِ، إلا أَنَّ أَبَا حَنِيفَة يَقُولُ: إِنَّ المَنَافِعَ على أَصلنَا لا تَتَقَوَّمُ إلا بِعَقدٍ أَو بِشُبهَة، وَلم يُوجَد فِي حَقِّ الجَانِي فَلا يَغرَمُ شَيئًا.

الشرح:

قَال (**وَمَنْ شَجَّ رَجُلا فَالتَحَمَتْ**) كَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَتَعْلِيلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ هُوَ المَوْعُودُ قُبَيْل هَذَا بِقَوْله وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ بَعْدَ هَذَا. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: إنَّ المَنَافِعَ إلخْ) جَوَابٌ عَنْ قَوْل أَبِي يُوسُفَ فَالأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَال، وَعَنْ قَوْل مُحَمَّد إنَّمَا لزِمَهُ أَجْرُ الطَّبِيبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ تَحَمُّل الأَلمِ مِنْ المَنَافِعِ وَمُعَالجَةُ الطَّبِيبِ كَذَلكَ، وَالمَنَافِعُ عَلى أَصْلنَا لا تَتَقَوَّمُ إلا بِعَقْد كَالإِجَارَةِ الصَّحِيحَة وَالمُضَارَبَة الصَّحِيحَة، أَوْ بِشُبْهَته كَالإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ وَالمُضَارَبَةِ الفَاسِدَة، وَلمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلكَ فِي حَقِّ الجَانِي فَلا يَغْرَمُ شَيْئًا.

قَال: (وَمَن ضَرَبَ رَجُلا مِائَة سَوطٍ فَجَرَحَهُ فَبَرِئَ مِنهَا فَعَليهِ أَرشُ الضَّربِ) مَعنَاهُ: إِذَا بَقِيَ أَثَرُ الضَّربِ، فَأَمَّا إِذَا لم يَبقَ أَثَرُهُ فَهُوَ على اختِلافٍ قَد مَضَى فِي الشَّجَّة المُلتَحِمَة.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلا إلخْ) يَعْنِي إذَا **ضَرَبَ رَجُلا مِائَةَ سَوْط فَجَرَحَهُ فَبَرِئَ مِنْهَا وَبَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ** فَعَليْهِ أَرْشُهُ، وَإِنْ لمْ يَجْرَحْهُ فَلا شَيْءَ عَليْه بالاتِّفَاق، وَإِنْ لمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فَهُوَ عَلى اختلاف قَدْ مَضَى فِي الشَّجَّة المُلتَحمَة وَهُوَ سُقُوطُ الأَرْشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَوُجُوبُ أَرْشِ الأَلمِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَوُجُوبُ أُجْرَة الطَّبِيب عِنْدَ مُحَمَّد.

قَال (وَمَن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلهُ خَطَأً قبل البُرءِ فَعليهِ الدِّيَة وَسَقَطَ عَنهُ أَرشُ اليَدِ) لأَنَّ الجِنَايَة مِن جِنسٍ وَاحِدٍ وَالمُوجَبُ وَاحِدٌ وَهُوَ الدِّيَة وَإِنَّهَا بَدَلُ النَّفسِ بِجَمِيعِ أَجزَائِهَا فَدَخَل الطَّرَفُ فِي النَّفسِ كَأَنَّهُ قَتَلهُ ابتِدَاءً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الجِنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ) لكَوْنِ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَطَأً، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَقْسَامُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ.

قَالَ: (وَمَن جَرَحَ رَجُلا جِرَاحَةً لم يُقتَصّ مِنهُ حَتَّى يَبرَأَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقتَصُّ مِنهُ فِي الحَال اعتِبَارًا بِالقِصَاصِ فِي النَّفسِ، وَهَذَا لأنَّ المُوجِبَ قَد قَد تَحقَّقَ فَلا يُعَطَّلُ. وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «يُستَأنَى فِي الجِرَاحَاتِ سَنَةً»[1] وَلأنَّ الجِرَاحَاتِ يُعتَبَرُ فِيهَا مَآلُهَا لا حَالُهَا لأنَّ حُكمَهَا فِي الحَال غَيرُ مَعلُومٍ فَلعَلَّهَا تَسرِي إلى النَّفسِ فَيَظهَرُ أَنَّهُ قَتل وَإِنَّمَا يَستَقِرُّ الأمرُ بِالبُرءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلا جِرَاحَةً) وَاضِحٌ.

قَال: (وَكُلُّ عَمدٍ سَقَطَ القِصَاصُ فِيهِ بِشُبهَةٍ فَالدِّيَةُ فِي مَال القَاتِل، وَكُلُّ أَرشٍ وَجَبَ بِالصُّلحِ فَهُوَ فِي مَال القَاتِل) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تَعقِلُ العَوَاقِلُ عَمدًا» الحَدِيثُ. وَهَذَا عَمدٌ، غَيرَ أَنَّ الأوَّل يَجِبُ فِي ثَلاثِ سِنِينَ لأنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالقَتل ابتِدَاءً فَأَشبَهَ شِبهَ العَمدِ. وَالثَّانِي يَجِبُ حَالا لأنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالعَقدِ فَأَشبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيعِ. قَال: (وَإِن قَتَل الأبُ ابنَهُ عَمدًا فَالدِّيَةُ فِي مَالهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجِبُ حَالَّةً لأنَّ الأصل أَنَّ مَا يَجِبُ بِالإِتلافِ يَجِبُ حَالا، وَالتَّأجِيلُ للتَّخفِيفِ فِي الخَاطِئِ وَهَذَا عَامِدٌ فَلا يَستَحِقُّهُ، وَلأنَّ المَال وَجَبَ جَبرًا لحَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي نَفسِهِ حَالٌّ فَلا يَنجَبِرُ بِالمُؤَجَّل. وَلنَا أَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالقَتل فَيَكُونُ مُؤَجَّلا كَدِيَةِ الخَطَإِ وَشِبهِ العَمدِ، وَهَذَا لأنَّ القِيَاسَ يَأبَى تَقَوُّمَ الآدَمِيِّ بِالمَال لعَدَمِ التَّمَاثُل، وَالتَّقوِيمُ ثَبَتَ بِالشَّرعِ وَقَد وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلا لا مُعَجَّلا فَلا يَعدُلُ عَنهُ لا سِيَّمَا إلى زِيَادَةٍ، وَلَمَّا لم يَجُز التَّغلِيظُ بِاعتِبَارِ العَمدِيَّةِ قَدرًا لا يَجُوزُ وَصفًا (وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعتَرَفَ بِهَا الجَانِي فَهِيَ فِي مَالهِ وَلا يُصَدَّقُ عَلى عَاقِلتِهِ) لمَا رَوَينَا، وَلأنَّ الإِقرَارَ لا يَتَعَدَّى المُقِرَّ لقُصُورِ وِلايَتِهِ عَن غَيرِهِ فَلا يَظهَرُ فِي حَقِّ العَاقِلةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالقَتْل ابْتِدَاءً) يَعْنِي لا بِعَقْدٍ يَحْدُثُ بَعْدُ. القَتْلُ كَالصُّلحِ.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٩٠) رقم (٣٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٦١١٣).

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَتَل الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا) كَانَ حُكْمُهُ قَدْ عُلِمَ مِنْ الضَّابِطَةِ الكُلِّيَّةِ لكِنَّهُ ذَكَرَهُ لبَيَانِ خلافِ الشَّافِعِيِّ. وَقَوْلُهُ (لا سِيَّمَا إلى زِيَادَةٍ) يَعْنِي المُعَجَّل فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلى المُؤَجَّل مِنْ حَيْثُ الوَصْفُ فِي المَالِيَّةِ وَهُوَ مَعْرُوفٌ، فَإِيجَابُ المَال حَالا بالقَتْل يَكُونُ زِيَادَةً على مَا أَوْجَبَهُ الشَّرْعُ، وَلَمَّا لَمْ يَجُزْ التَّغْلِيظُ باعْتِبَارِ العَمْدِيَّة قَدْرًا لا يَجُوزُ وَصْفًا لأَنَّهُ تَابِعٌ للقَدْرِ، وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ ﷺ «لا تَعْقِلُ العَاقِلةُ عَمْدًا وَلا اعْتِرَافًا».

قَال: (وَعَمدُ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ خَطَأٌ وَفِيهِ الدِّيَةُ) عَلى العَاقِلةِ، وَكَذَلكَ كُلُّ جِنَايَةٍ مُوجَبُهَا خَمسُمِائَةٍ فَصَاعِدًا وَالمَعتُوهُ كَالمَجنُونِ (وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَمدُهُ عَمدٌ حَتَّى تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالهِ حَالَّةً) لأَنَّهُ عَمدٌ حَقِيقَةً، إذ العَمدُ هُوَ القَصدُ غَيرَ أَنَّهُ تَخَلَّفَ عَنهُ أَحَدُ حُكمَيهِ وَهُوَ القِصَاصُ فَيَنسَحِبُ عَلَيهِ حُكمُهُ الآخَرُ وَهُوَ الوُجُوبُ فِي مَالهِ، وَلهَذَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِهِ، وَيَحرُمُ عَن المِيرَاثِ عَلى أَصلهِ لأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالقَتلِ. وَلنَا مَا رُوِيَ عَن عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ جَعَل عَقل المَجنُونِ عَلى عَاقِلتِهِ، وَقَال: عَمدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ، وَلأَنَّ الصَّبِيَّ مَظِنَّةُ المَرحَمَةِ، وَالعَاقِلُ الخَاطِئُ لَمَّا استَحَقَّ التَّخفِيفَ حَتَّى وَجَبَت الدِّيَةُ عَلى العَاقِلةِ فَالصَّبِيُّ وَهُوَ أَعذَرُ أَولى بِهَذَا التَّخفِيفِ. وَلا نُسَلِّمُ تَحَقُّقَ العَمدِيَّةِ فَإِنَّهَا تَتَرَتَّبُ عَلى العِلمِ وَالعِلمُ بِالعَقل، وَالمَجنُونُ عَدِيمُ العَقل وَالصَّبِيُّ قَاصِرُ العَقل فَأَنَّى يَتَحَقَّقُ مِنهُمَا القَصدُ وَصَارَ كَالنَّائِمِ. وَحِرمَانُ المِيرَاثِ عُقُوبَةٌ، وَهُمَا ليسَا مِن أَهل العُقُوبَةِ وَالكَفَّارَةُ كَاسمِهَا سَتَّارَةٌ: وَلا ذَنبَ تَستُرُهُ لأَنَّهُمَا مَرفُوعَا القَلمِ والله أعلم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَمْدُهُ) أَيْ عَمْدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَلهَذَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِهِ) أَيْ بالمَال، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِهِ لأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلى أَنَّ التَّكْفِيرَ بالصَّوْمِ لا يَجِبُ عَلَيْهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَيُحْرَمُ عَنْ المِيرَاثِ عَلى أَصْلهِ) أَيْ ثَبَتَ هَذَانِ الحُكْمَانِ وَهُمَا وُجُوبُ الكَفَّارَةِ وَحِرْمَانُ المِيرَاثِ عَلى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ (لأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بالقَتْلِ) فَعُلِمَ بِهَذَا أَنَّهُمَا مُطَالبَانِ بِمُوجَبِ القَتْلِ، فَكَذَلكَ هَاهُنَا لَمَّا تَخَلَّفَ عَنْهُمَا أَحَدُ حُكْمَيِ القَتْل وَهُوَ القِصَاصُ يَنْسَحِبُ عَلَيْهِ الحُكْمُ الآخَرِ وَهُوَ وُجُوبُ الدِّيَةِ فِي مَالهِ إذْ الأَصْلُ ذَلكَ.

فصل في الجنين

قَال: (وَإِذَا ضَرَبَ بَطنَ امرَأَةٍ فَأَلقَت جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ وَهِيَ نِصفُ عُشرِ الدِّيَةِ) قَال ﷺ: مَعنَاهُ دِيَةُ الرَّجُلِ، وَهَذَا فِي الذَّكَرِ، وَفِي الأُنثَى عُشرُ دِيَةِ المَرأَةِ وَكُلٌّ مِنهُمَا خَمسُمِائَةِ دِرهَمٍ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَجِبَ شَيءٌ لأَنَّهُ لم يُتَيَقَّن بِحيَاتِهِ، وَالظَّاهِرُ لا يَصلُحُ حُجَّةً لِلاستِحقَاقِ. وَجهُ الاستِحسَانِ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَال «فِي الجَنِينِ غُرَّةٌ عَبدٌ أَو أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمسُمِائَةٍ» وَيُروَى "أَو خَمسُمِائَةٍ"[(١)] فَتَرَكنَا القِيَاسَ بِالأَثَرِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَن قَدَّرَهَا بِستِّمِائَةٍ نَحوُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ (وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ) عِندَنَا إذَا كَانَت خَمسَمِائَةِ دِرهَمٍ. وَقَال مَالِكٌ: فِي مَالِهِ لأَنَّهُ بَدَلُ الجُزءِ. وَلنَا أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «قَضَى بِالغُرَّةِ عَلَى العَاقِلَةِ»، وَلأَنَّهُ بَدَلُ النَّفسِ وَلِهَذَا سَمَّاهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ دِيَةً حَيثُ قَال " دُوهُ " وَقَالُوا: «أَنَدِي مَن لا صَاحَ وَلا استَهَلَّ » الحَدِيثُ، إلا أَنَّ العَوَاقِل لا تَعقِلُ مَا دُونَ خَمسِمِائَةٍ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي الجَنِينِ**): عَقَّبَ أَحْكَامَ الأَجْزَاءِ الحَقِيقِيَّة أَحْكَامَ الجُزْءِ الحُكْمِيِّ وَهُوَ الجَنِينُ لِكَوْنِه فِي حُكْمِ الجُزْءِ مِنْ الأُمِّ (**وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَة فَأَلقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا** ففيه غُرَّةٌ نصْفُ عُشْرِ الدِّيَة) غُرَّةُ المَال خِيَارُهُ كَالفَرَسِ وَالبَعِيرِ النَّجِيبِ، وَسُمِّيَ بَدَلُ الجَنِينِ غُرَّةً لأَنَّ الوَاجِبَ عَبْدٌ وَالعَبْدُ يُسَمَّى غُرَّةً.

وَقِيل لأَنَّ غُرَّةَ الشَّيْءِ أَوَّلُهُ وَغُرَّةُ الجَنِينِ أَوَّلُ مِقْدَارٍ ظَهَرَ فِي بَابِ الدِّيَة. قَال المُصَنِّفُ (مَعْنَاهُ) أَيْ مَعْنَى قَوْله نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَة (دِيَةُ الرَّجُل، وَهَذَا فِي الذَّكَرِ وَفِي الأُنْثَى عُشْرُ دِيَة المَرْأَة وَكُلٌّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَة دِرْهَمٍ) لأَنَّ نِصْفَ العُشْرِ مِنْ عَشَرَة آلاف هُوَ العُشْرُ مِنْ خَمْسَة آلاف: وَالقِيَاسُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ أَنْ لا يَجِبَ شَيْءٌ لأَنَّهُ لَمْ تُعْلمْ حَيَاتُهُ بِيَقِينٍ، وَفِعْلُ القَتْل لا يُتَصَوَّرُ إلا فِي مَحَلٍّ هُوَ حَيٌّ فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ. فَإِنْ قِيل: الظَّاهِرُ أَنَّهُ حَيٌّ أَوْ مُعَدٌّ لِلحَيَاة.

قُلنَا: الظَّاهِرُ لا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلاسْتِحْقَاق وَلِهَذَا لا يَجِبُ فِي جَنِينِ البَهِيمَة إلا

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٥٨/٥): الأول غريب، ورواية: أو خمسمائة، عند الطبراني في معجمه كما في مجمع الزوائد (٣٠٠/٦).

نُقْصَانُ البَهِيمَةِ إنْ تَمكَّنَ (وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَال «**فِي الجَنِينِ غُرَّةُ عَبْد أَوْ أَمَة قِيمَتُهُ خَمْسُمائَة** » وَيُرْوَى " أَوْ خَمْسُمائَة " فَتَرَكْنَا القِيَاسَ بِالأَثَرِ) رَوَى الإِمَامُ المَحْبُوبِيُّ أَنَّ زُفَرَ سُئِلَ عَنْ هَذه المَسْأَلَة فَقَال: فِيه غُرَّةُ عَبْد أَوْ أَمَة فَقَال السَّائِلُ: وَلِمَ وَالحَالُ لا يَخْلُو مِنْ أَنَّهُ مَاتَ بِضَرْبَة أَوْ لَمْ تُنْفَخْ فِيه الرُّوحُ، فَإِنْ مَاتَ بِضَرْبَة تَجِبُ دِيَةٌ كَاملَةٌ وَإِنْ لَمْ تُنْفَخْ فِيه الرُّوحُ لا يَجِبُ شَيْءٌ، فَسَكَتَ زُفَرُ، فَقَال لهُ السَّائِلُ: أَعْتَقْتُكَ سَائِبَةً، فَجَاءَ زُفَرُ إلى أَبِي يُوسُفَ فَسَأَلَهُ عَنْهُ فَأَجَابَهُ أَبُو يُوسُفَ بِمِثْل مَا أَجَابَ زُفَرُ. فَحَاجَّهُ بِمِثْل مَا حَاجَّهُ السَّائِلُ فَقَال: التَّعَبُّدُ التَّعَبُّدُ: أَيْ ثَابِتٌ بِالسُّنَّة مِنْ غَيْرِ أَنْ يُدْرَكَ بِالعَقْل، وَهَذَا دَليلٌ عَلى أَنَّ قَوْل زُفَرَ هُوَ وَجْهُ الاسْتِحْسَان.

وَقَال فِي الذَّخِيرَة: قَوْلُهُ وَجْهُ القِيَاسِ كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا. وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ رَجَعَ مِنْ أَحَدِهِمَا إلى الآخَرِ، وَالحَدِيثُ المَرْوِيُّ دَليلٌ وَاضِحٌ عَلى أَنَّ الدِّيَةَ مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَة آلاف دِرْهَمٍ. قِيل وَإِنَّمَا بَيَّنَ الشَّارِعُ القِيمَةَ إشَارَةً إلى أَنَّ الحَيَوَانَ لا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّة ثُبُوتًا صَحِيحًا إلا مِنْ حَيْثُ اعْتبَارُ صِفَة المَاليَّة. وَقَوْلُهُ (إذَا كَانَ خَمْسَمائَة دِرْهَمٍ) قِيل قَيَّدَ بِه احْتِرَازًا عَنْ جَنِينِ الأَمَة إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ لا تَبْلُغُ خَمْسَمائَة. وَرُدَّ بِأَنَّ مَا يَجِبُ فِي جَنِينِ الأَمَة هُوَ فِي مَال الضَّارِبِ مُطْلقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيد بِالبُلُوغِ إلى خَمْسمائَة عَلى مَا سَيَجِيءُ. وَقِيل لعَلَّهُ وَقَعَ سَهْوًا مِنَ الكَاتِبِ وَكَانَ فِي الأَصْل إذْ كَانَ خَمْسَمائَة تَعْليلا لكَوْنهَا عَلى العَاقلة.

وَقَوْلُهُ (فِي مَاله) أَيْ فِي مَال الضَّارِب (لأَنَّهُ بَدَلُ الجُزْء) أَيْ جُزْء الآدَميِّ فَصَارَ كَقَطْعِ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعه. وَقَوْلُهُ (دُوهُ) أَيْ أَدُّوا دِيَتَهُ، أَمْرٌ لمُخَاطَب مِنْ الوَدْي، وَهَذَا الحَدِيثُ حَدِيثُ حَمَل بْنِ مَالك بالحَاءِ المُهْمَلة وَالميم المَفْتُوحَتَيْنِ قَال «كُنْت بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ لِي فَضَرَبَتْ إحْدَاهُمَا بَطْنَ صَاحِبَتِهَا بِعَمُود فُسْطَاط أَوْ بِمُسَطَّحِ خَيْمَة فَأَلقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، فَاختَصَمَ أَوْليَاؤُهَا إلى رَسُول اللَّه ﷺ، فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لأَوْليَاءِ الضَّارِبَة: **دُوهُ**، فَقَال أَخُوهَا: أَنَدِي مَنْ لا صَاحَ وَلا اسْتَهَلَّ وَلا شَرِبَ وَلا أَكَل وَمِثْلُهُ دَمُهُ بَطَل؟ فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الكُهَّان وَفِي رِوَايَة دَعْنِي وَأَرَاجِيزَ العَرَبِ قُومُوا فَدُوهُ**» الحَدِيثَ، فَفِيه التَّنْصِيصُ عَلى **إيجَاب الدِّيَة عَلى العَاقلة**. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ العَوَاقِل) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الحَدِيثُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ الدِّيَةَ عَلى

العَاقلة قَليلةً كَانَتْ أَوْ كَثيرَةً وَأَنْتُمْ قَيَّدْتُمْ بِقَوْلكُمْ إذَا كَانَتْ خَمْسَمائَة دِرْهَمٍ وَقَدْ عَلمْت مَا يَرِدُ عَلَيْه مِنْ النَّظَرِ.

(وَتَجِبُ فِي سَنَةٍ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي ثَلاثِ سِنِينَ لأَنَّهُ بَدَلُ النَّفسِ وَلِهَذَا يَكُونُ مَورُوثًا بَينَ وَرَثَتِهِ. وَلنَا مَا رُوِيَ عَن مُحَمَّدِ بنِ الحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: " بلغَنَا أَنَّ رَسُول اللَّهِ عليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ جَعَلَهُ على العَاقِلَةِ فِي سَنَةٍ " وَلأَنَّهُ إن كَانَ بَدَل النَّفسِ مِن حَيثُ إنَّهُ نَفسٌ على حِدَةٍ فَهُوَ بَدَلُ العُضوِ مِن حَيثُ الاتِّصَالُ بِالأمِّ فَعَمِلنَا بِالشَّبَهِ الأَوَّل فِي حَقِّ التَّورِيثِ، وَبِالثَّانِي فِي حَقِّ التَّأجِيل إلى سَنَةٍ، لأنَّ بَدَل العُضوِ إذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ أَو أَقَلَّ أَكثَرُ مِن نِصفِ العُشرِ يَجِبُ فِي سَنَةٍ، بِخِلافِ أَجزَاءِ الدِّيَةِ لأَنَّ كُلَّ جُزءٍ مِنهَا عَلَى مَن وَجَبَ يَجِبُ فِي ثَلاثِ سِنِينَ (وَيَستَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنثَى) لإطلاقِ مَا رَوَينَا، وَلأَنَّ فِي الحَيَّينِ إنَّمَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ لتَفَاوُتِ مَعَانِي الآدَمِيَّةِ وَلا تَفَاوُتَ فِي الجَنِينِ فَيُقَدَّرُ بِمِقدَارٍ وَاحِدٍ وَهُوَ خَمسُمِائَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ بَدَل العُضْو إذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَة أَوْ أَقَلَّ أَكْثَرُ مِنْ نِصْف العُشْر) هُوَ الصَّحِيحُ مِنْ النُّسَخ، وَفِي بَعْضهَا أَوْ أَكْثَرَ، وَفِي بَعْضهَا وَأَكْثَرَ. قَال الشَّارِحُونَ: وَكلاهُمَا غَيْرُ صَحِيحٍ، لأَنَّ المُرَادَ أَنْ يَكُونَ الأَقَلُّ مِنْ ثُلُث الدِّيَة أَكْثَرَ مِنْ نِصْف العُشْر، وَهُوَ إنَّمَا يَكُونُ إذَا كَانَ أَكْثَرَ صِفَةً لأَقَلَّ أَوْ بَدَلا مِنْهُ، وَلعَلَّ العَطْفَ بالوَاو يُفيدُ ذَلكَ أَيْضًا. وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ تَقْيِيدَهُ بالأَكْثَر لَيْسَ بمُقَيَّد، لأَنَّهُ لوْ كَانَ نِصْفَ العُشْر كَانَ الحُكْمُ كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ (بخلاف أَجْزَاء الدِّيَة، لأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلى مَنْ وَجَبَ يَجبُ فِي ثَلاث سنِينَ) صُورَتُهُ أَنَّهُ **يَشْتَرِكُ عِشْرُونَ رَجُلا فِي قَتْل رَجُلٍ خَطَأً** فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نِصْفُ عُشْر الدِّيَة فِي ثَلاث سِنِينَ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي المَعَاقِل.

وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَوِي فِيه) أَيْ فِي وُجُوب قَدْر الغُرَّة بأَنَّهُ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمائَة دِرْهَمٍ لإِطْلاق مَا رَوَيْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**فِي الجَنِين غُرَّةُ عَبْد أَوْ أَمَة قِيمَتُهُ خَمْسُمائَة دِرْهَمٍ** » وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِي الحَيَّيْنِ) دَليلٌ مَعْقُولٌ عَلى التَّسَاوِي بَيْنَ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى فِي الوَلَدَيْنِ المُنْفَصِليْنِ فِي الدِّيَة لتَفَاوُت مَعَانِي الآدَمِيَّة فِي المَالكِيَّة فَإِنَّ الذَّكَرَ مَالكٌ مَالا وَنِكَاحًا وَالأُنْثَى مَالكَةٌ مَالا مَمْلُوكَةٌ نِكَاحًا فَكَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ فِيمَا هُوَ مِنْ خَصَائِصِ

الآدَمِيَّة وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي الجَنِينِ فَيَتَقَدَّرُ بِمِقْدَارٍ وَاحِدٍ وَهُوَ خَمْسُمائَة.

(فَإِن أَلقَتهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ) لأَنَّهُ أَتلفَ حَيًّا بِالضَّربِ السَّابِقِ (وَإِن أَلقَتهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَت الأُمُّ فَعَلَيهِ دِيَةٌ بِقَتلِ الأُمِّ وَغُرَّةٌ بِإِلقَائِهَا) وَقَد صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَضَى فِي هَذَا بِالدِّيَةِ وَالغُرَّةِ» (وَإِن مَاتَت الأُمُّ مِن الضَّربَةِ ثُمَّ خَرَجَ الجَنِينُ بَعدَ ذَلكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ وَدِيَةٌ فِي الجَنِينِ) لأَنَّهُ قَاتِلُ شَخصَينِ (وَإِن مَاتَت ثُمَّ أَلقَت مَيِّتًا فَعَلَيهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ وَلا شَيءَ فِي الجَنِينِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الغُرَّةُ فِي الجَنِينِ لأَنَّ الظَّاهِرَ مَوتُهُ بِالضَّربِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلقَتهُ مَيِّتًا وَهِيَ حَيَّةٌ. وَلنَا أَنَّ مَوتَ الأُمِّ أَحَدُ سَبَبَي مَوتِهِ لأَنَّهُ يَختَنِقُ بِمَوتِهَا إِذ تَنَفُّسُهُ بِتَنَفُّسِهَا فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ. قَال (وَمَا يَجِبُ فِي الجَنِينِ مَورُوثٌ عَنهُ) لأَنَّهُ بَدَلُ نَفسِهِ فَيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ (وَلا يَرِثُهُ الضَّارِبُ، حَتَّى لو ضَرَبَ بَطنَ امرَأَتِهِ فَأَلقَت ابنَهُ مَيِّتًا فَعَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ غُرَّةٌ وَلا يَرِثُ مِنهَا) لأَنَّهُ قَاتِلٌ بِغَيرِ حَقٍّ مُبَاشَرَةً وَلا مِيرَاثَ لِلقَاتِلِ. قَال: (وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصفُ عُشرِ قِيمَتِهِ لو كَانَ حَيًّا وَعُشرُ قِيمَتِهِ لو كَانَ أُنثَى) وَقَال الشَّافِعِيُّ: فِيهِ عُشرُ قِيمَةِ الأُمِّ، لأَنَّهُ جُزءٌ مِن وَجهٍ، وَضَمَانُ الأَجزَاءِ يُؤخَذُ مِقدَارُهَا مِن الأَصلِ. وَلنَا أَنَّهُ بَدَلُ نَفسِهِ لأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لا يَجِبُ إلا عِندَ ظُهُورِ النُّقصَانِ، وَلا مُعتَبَرَ فِي ضَمَانِ الجَنِينِ فَكَانَ بَدَل نَفسِهِ فَيُقَدَّرُ بِهَا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ ضَمَانُ النُّقصَانِ لو انتَقَصَت الأُمُّ اعتِبَارًا بِجَنِينِ البَهَائِمِ، وَهَذَا لأَنَّ الضَّمَانَ فِي قَتلِ الرَّقِيقِ ضَمَانُ مَالٍ عِندَهُ عَلَى مَا نَذكُرُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى، فَصَحَّ الاعتِبَارُ عَلَى أَصلِهِ.

قَال (فَإِن ضُرِبَت فَأَعتَقَ المَولى مَا فِي بَطنِهَا ثُمَّ أَلقَتهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ قِيمَتُهُ حَيًّا وَلا تَجِبُ الدِّيَةُ وَإِن مَاتَ بَعدَ العِتقِ) لأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالضَّربِ السَّابِقِ وَقَد كَانَ فِي حَالَةِ الرِّقِّ فَلهَذَا تَجِبُ القِيمَةُ دُونَ الدِّيَةِ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ حَيًّا لأَنَّهُ بِالضَّربِ صَارَ قَاتِلا إِيَّاهُ وَهُوَ حَيٌّ فَنَظَرنَا إِلى حَالَتَي السَّبَبِ وَالتَّلفِ. وَقِيل: هَذَا عِندَهُمَا، وَعِندَ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَتُهُ مَا بَينَ كَونِهِ مَضرُوبًا إِلى كَونِهِ غَيرَ مَضرُوبٍ، لأَنَّ الإِعتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ عَلَى مَا يَأتِيك بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالى. قَال: (وَلا كَفَّارَةَ فِي الجَنِينِ) وَعِندَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ لأَنَّهُ نَفسٌ مِن وَجهٍ فَتَجِبُ الكَفَّارَةُ احتِيَاطًا. وَلنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعنَى العُقُوبَةِ وَقَد عُرِفَت فِي النُّفُوسِ المُطلقَةِ فَلا تَتَعَدَّاهَا وَلهَذَا لم يَجِب كُلُّ البَدَل. قَالُوا: إِلا أَن يَشَاءَ ذَلكَ لأَنَّهُ ارتَكَبَ

مَحظُوراً، فَإِذَا تَقَرَّبَ إِلى اللهِ تَعَالى كَانَ أَفضَل لهُ وَيَستَغفِرُ مِمَّا صَنَعَ (وَالجَنِينُ الَّذِي قَد استَبَانَ بَعضُ خَلقِهِ بِمَنزِلَةِ الجَنِينِ التَّامِّ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الأَحكَامِ) لِإطلاقِ مَا رَوَينَا، وَلأَنَّهُ وَلدٌ فِي حَقِّ أُمُومِيَّةِ الوَلدِ وَانقِضَاءِ العِدَّةِ وَالنِّفَاسِ وَغَيرِ ذَلك، فَكَذَا فِي حَقِّ هَذَا الحُكمِ، وَلأَنَّ بِهَذَا القَدرِ يَتَمَيَّزُ مِن العَلقَةِ وَالدَّمِ فَكَانَ نَفساً، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَلقَتْهُ **حَيًّا ثُمَّ مَاتَ**) أَوَّلُ الأَقْسَامِ الأَرْبَعَة العَقْلِيَّة الحَاصِلة مِنْ مَوْتِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الضَّرْبِ، وَهِيَ أَنَّ خُرُوجَ الجَنِينِ مِنْ الأُمِّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَال حَيَاتِهِمَا أَوْ فِي حَال مَمَاتِهِمَا أَوْ فِي حَال حَيَاةِ الأُمِّ وَمَمَاتِ الجَنِينِ أَوْ عَلى العَكْسِ، وَالأَقْسَامُ مَعَ أَحْكَامِهَا مَذْكُورَةٌ فِي الكِتَاب.

وَقَوْلُهُ (فَلا يَجبُ الضَّمَانُ بالشَّكِّ) اُعْتُرِضَ عَليْه بِأَنَّ الشَّكَّ ثَابتٌ فِيمَا إِذَا أَلقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ المَوْتُ مِنْ الضَّرْبِ وَاحْتِمَالُ أَنَّهُ لمْ يُنْفَخْ فِيه الرُّوحُ، وَمَعَ ذَلكَ وَجَبَ الضَّمَانُ وَهُوَ أَوَّلُ مَا ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل وَأُجِيبَ بِأَنَّ الغُرَّةَ فِي تلكَ الصُّورَة ثَبَتَتْ بالنَّصِّ عَلى خلافِ القِيَاسِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَليْسَ مَا نَحْنُ فِيه فِي مَعْنَاهُ لأَنَّ فِيه الاحْتِمَال مِنْ وَجْه وَاحد، وَفِيمَا نَحْنُ فِيه مِنْ وُجُوه وَهِيَ احْتِمَالُ عَدَمِ نَفْخِ الرُّوحِ وَالمَوْتُ بسَبَبِ انْقطَاعِ الغذَاءِ بِسَبَبِ مَوْت الأُمِّ وَبِسَبَب تَخْنِيقِ الرَّحِمِ وَغَمِّ البَطْنِ فَلا يَلحَقُ بذَلكَ لا قِيَاسًا وَلا دَلالةً فَبَقِيَ عَلى أَصْل القِيَاسِ وَهُوَ عَدَمُ وُجُوبِ الضَّمَان. قَال (وَمَا يَجبُ فِي الجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ) كَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَفِي جَنِينِ الأَمَة إلخ) يَعْنِي **جَنِينَ الأَمَة إذَا كَانَ ذَكَرًا وَلمْ يَكُنْ الحَمْلُ مِنْ المَوْلى وَلا مِنْ المَغْرُور** نِصْفُ عُشْرِ قِيمَته لوْ كَانَ حَيًّا وَعُشْرُ قِيمَته لوْ كَانَ أُنْثى. وَطَرِيقُ ذَلكَ أَنْ يُقَوَّمَ الجَنِينُ بَعْدَ انْفصَاله مَيِّتًا عَلى لوْنه وَهَيْئَته لوْ كَانَ حَيًّا فَيُنْظَرُ كَمْ قِيمَتُهُ، وَيَجبُ نِصْفُ عُشْرِ ذَلكَ إِنْ كَانَ ذَكَرًا، وَعُشْرُهُ إِنْ كَانَ أُنْثى، وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بكَوْن الحَمْل مِنْ غَيْرِ المَوْلى وَالمَغْرُورِ لأَنَّهُ لوْ كَانَ مُتَّهَمًا لزِمَتْ الغُرَّةُ لكَوْنه حُرًّا، فَلوْ ضَاعَ الجَنِينُ وَوَقَعَ النِّزَاعُ فِي القِيمَة فَالقَوْلُ للضَّارِب لِإِنْكَاره الزِّيَادَةَ.

وَإِنْ تَعَذَّرَ الوُقُوفُ عَلى ذُكُورَته وَأُنُوثَته نَأْخُذُ بالمُتَيَقَّنِ. قَوْلُهُ (لأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَف لا يَجبُ إلا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَان) يَعْنِي فِي الأَصْل، أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَلعَ السِّنَّ فَنَبَتَتْ

مَكَانَهُ أُخْرَى لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ وَهَاهُنَا بَدَلُ الجَنِينِ وَاجِبٌ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ فِي الأُمِّ نُقْصَانٌ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ وُجُوبَهُ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى النَّفْسِيَّةِ لا الجُزْئِيَّةِ (فَيُقَدَّرُ بِهَا) أَيْ بِقِيمَةِ نَفْسِ الجَنِينِ لا بِقِيمَةِ الأُمِّ. قَوْلُهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ) هَذَا غَيْرُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. قَالَ فِي المَبْسُوطِ: ثُمَّ وُجُوبُ البَدَلِ فِي جَنِينِ الأَمَةِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْهُ فِي رِوَايَةٍ أَنَّهُ لا يَجِبُ إلا نُقْصَانُ الأُمِّ إنْ تَمَكَّنَ فِيهَا نَقْصٌ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ لا يَجِبُ شَيْءٌ كَمَا فِي جَنِينِ البَهِيمَةِ. وَقَوْلُهُ (فَنَظَرْنَا إلَى حَالَتَيْ السَّبَبِ وَالتَّلَفِ) يَعْنِي أَوْجَبْنَا القِيمَةَ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الضَّرْبِ، وَأَوْجَبْنَا قِيمَتَهُ حَيًّا لا مَشْكُوكًا فِي حَيَاتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ التَّلَفِ.

لا يُقَالُ: هَذَا اعْتِبَارٌ بِحَالَةِ الضَّرْبِ فَقَطْ، إذْ الوَاجِبُ فِي تِلْكَ الحَالَةِ أَيْضًا قِيمَتُهُ حَيًّا لِجَوَازِ أَنْ لا يَكُونَ حَيًّا فَلا تَجِبُ قِيمَتُهُ حَيًّا هُنَاكَ بَل تَجِبُ الغُرَّةُ. وَقَوْلُهُ (مَا بَيْنَ كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ) يَعْنِي تَفَاوُتَ مَا بَيْنَهُمَا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ غَيْرَ مَضْرُوبٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقِيمَتُهُ مَضْرُوبًا ثَمَانَمِائَةٍ يَجِبُ عَلَى الضَّارِبِ مِائَتَا دِرْهَمٍ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا نَذْكُرُ بَيَانَهُ بَعْدَ هَذَا) يَعْنِي فِي جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ مَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ عُرِفَتْ فِي النُّفُوسِ المُطْلَقَةِ) أَيْ الكَامِلَةِ بِالنَّصِّ فَلا يَتَعَدَّاهَا إلَى غَيْرِ المُطْلَقَةِ وَهُوَ الجَنِينُ، لأَنَّ القِيَاسَ لا يَجْرِي فِي العُقُوبَاتِ، وَلَيْسَ غَيْرُ المُطْلَقَةِ نَظِيرَ المُطْلَقَةِ حَتَّى يَلْحَقَ بِهَا دَلالَةً أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَجِبُ كُلُّ البَدَلِ، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إلَى شَرْحٍ.

بَابٌ مَا يُحدِثُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

قَالَ (وَمَن أَخرَجَ إلى الطَّرِيقِ الأَعظَمِ كَنِيفًا أَو مِيزَابًا أَو جُرصُنًا أَو بَنَى دُكَّانًا فَلِرَجُلٍ مِن عَرَضِ النَّاسِ أَن يَنزِعَهُ) لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ حَقٍّ بِالمُرُورِ بِنَفسِهِ وَبِدَوَابِّهِ فَكَانَ لهُ حَقُّ النَّقضِ، كَمَا فِي المِلكِ المُشتَرَكِ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقُّ النَّقضِ لو أَحدَثَ غَيرُهُم فِيهِ شَيئًا فَكَذَا فِي الحَقِّ المُشتَرَكِ.

قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَن يَنتَفِعَ بِهِ مَا لم يَضُرَّ بِالمُسلمِينَ) لأَنَّ لهُ حَقَّ المُرُورِ وَلا ضَرَرَ فِيهِ فَلْيُلحَق مَا فِي مَعنَاهُ بِهِ، إذ المَانِعُ مُتَعَنِّتٌ، فَإِذَا أَضَرَّ بِالمُسلمِينَ كُرِهَ لهُ ذَلِكَ

لقَوله عَليه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ فِي الإِسلامِ»[1] قَال: (وَليسَ لأحَدٍ مِن أَهل الدَّربِ الَّذِي ليسَ بِنَافِذٍ أَن يَشرَعَ كَنِيفًا أَو مِيزَابًا إلا بِإذنِهم) لأَنَّهَا مَملُوكَةٌ لهُم وَلِهذَا وَجَبَت الشُّفعَةُ لهُم عَلى كُلِّ حَالٍ، فَلا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ أَضَرَّ بِهِم أَو لم يَضُرَّ إلا بِإذنِهِم. وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ لهُ التَّصَرُّفُ إلا إذَا أَضَرَّ لأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إلى إذنِ الكُلِّ، فَجُعِل فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ المَالكُ وَحدَهُ حُكمًا كَي لا يَتَعَطَّل عَليهِ طَرِيقُ الانتِفَاعِ، وَلا كَذَلكَ غَيرُ النَّافِذِ لأَنَّ الوُصُول إلى إرضَائِهِم مُمكِنٌ فَبَقِيَ عَلى الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكمًا.

الشرح:

(بَابُ مَا يُحْدِثُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ القَتْلِ مُبَاشَرَةً ذَكَرَ أَحْكَامَهُ تَسْبِيبًا، وَالأَوَّلُ أَوْلى بِالتَّقْدِيمِ، إمَّا لأَنَّهُ قَتْلٌ بلا وَاسِطَةٍ، وَإِمَّا لكَثْرَةِ وُقُوعِه.

قَال (وَمَنْ **أَخْرَجَ إلى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ كَنِيفًا** إلخ) الكَنِيفُ: المُسْتَرَاحُ، وَالمِيزَابُ مَعْرُوفٌ، وَالجُرْصُنُ قِيل هُوَ البُرْجُ، وَقَال فَخْرُ الإِسْلامِ:

جِذْعٌ يُخرِجُهُ الإِنْسَانُ مِنْ الحَائِطِ لِيُبْنَى عَلَيْه. وَالعُرْضُ بِالضَّمِّ: النَّاحِيَةُ، قِيل المُرَادُ بِه هُنَا أَبْعَدُ النَّاسِ مَنْزِلةً: أَيْ أَضْعَفُهُمْ وَأَرْذَلُهُمْ. وَجُمْلَةُ الكَلامِ فِي هَذِه المَسْأَلة فِي ثَلاثَة أَشْيَاءَ: فِي إبَاحَةِ العَمَلِ وَفِي الخُصُومَةِ وَفِي ضَمَانِ مَا يَتْلفُ بِه.

وَالمَبْدُوءُ بِه فِي الكِتَابِ الخُصُومَةُ، وَتَعَرَّضَ للنَّزْعِ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ للمَنْعِ إلا عَلى قَوْل مُحَمَّد فَإِنَّ فِيه خِلافًا بَيْنَ العُلَمَاءِ.

قَال أَبُو حَنِيفَةَ: لكُلِّ أَحَد مِنْ عُرْضِ النَّاسِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْ الوَضْعِ سَوَاءٌ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إذَا أَرَادَ الوَضْعَ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ، لأَنَّ فِيه الافْتِيَاتَ عَلى رَأْيِ الإِمَامِ فِيمَا إليْه تَدْبِيرُهُ، فَلكُلِّ أَحَد أَنْ يُنْكرَ عَلَيْه، وَبه قَال أَبُو يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لَيْسَ لأَحَد حَقُّ المَنْعِ إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ، لأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِي إحْدَاثِه شَرْعًا فَهُوَ كَمَا لوْ أَذنَ لهُ الإِمَامُ.

وَأَمَّا الخُصُومَةُ فِي الرَّفْعِ فَالمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لَيْسَ لأَحَد ذَلكَ، أَمَّا عَلى قَوْل مُحَمَّد فَظَاهِرٌ لأَنَّهُ جَعَلهُ كَالمَأْذُونِ مِنْ الإِمَامِ فَلا يَرْفَعُهُ أَحَدٌ، وَأَمَّا

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠) في الأحكام باب ١٧.

أَبُو يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: كَانَ قَبْلَ الوَضْعِ لِكُلِّ أَحَدٍ يَدٌ فِيهِ، فَالَّذِي يُحْدِثُ يُرِيدُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي يَدِ نَفْسِهِ خَاصَّةً، فَأَمَّا بَعْدَ الوَضْعِ فَقَدْ صَارَ فِي يَدِهِ، فَالَّذِي يُخَاصِمُهُ يُرِيدُ إِبْطَالَ يَدِهِ مِنْ غَيْرِ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ مُتَعَنِّتٌ، وَأَمَّا وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ) بَيَانُ الإِبَاحَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ ﷺ «**لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ فِي الإِسْلامِ**» أَيْ لا ابْتِدَاءً وَلا جَزَاءً: يَعْنِي مُتَعَدِّيًا عَنْ مِقْدَارِ حَقِّهِ فِي الاقْتِصَاصِ، لأَنَّ الضِّرَارَ بِمَعْنَى المُضَارَّةِ وَهُوَ أَنْ تَضُرَّ مَنْ ضَرَّكَ، وَهَذَا الكَلامُ فِيمَا إِذَا كَانَ الدَّرْبُ نَافِذًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرَ نَافِذٍ فَقَوْلُهُ وَلَيْسَ لأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرْبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ بَيَانٌ لِذَلِكَ. وَالدَّرْبُ: البَابُ الوَاسِعُ عَلَى السِّكَّةِ، وَالمُرَادُ بِهِ السِّكَّةُ هَاهُنَا.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ) يَعْنِي فِي الغَالِبِ قَالَ فَخْرُ الإِسْلامِ: المُرَادُ بِغَيْرِ النَّافِذَةِ المَمْلُوكَةُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِعِلَّةِ المِلْكِ فَقَدْ تَنْفُذُ وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ وَقَدْ يُسَدُّ مَنْفَذُهَا وَهِيَ لِلعَامَّةِ، لَكِنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى المِلْكِ غَالِبًا فَأُقِيمَ مَقَامَهُ وَوَجَبَ العَمَلُ بِهِ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى خِلافِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى كُلِّ حَالٍ) أَيْ سَوَاءٌ كَانُوا مُتَلازِقَيْنِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا .

قَالَ: (وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ نَحْوَهُ فَسَقَطَ عَلَى إِنسَانٍ فَعَطِبَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لأَنَّهُ سَبَبٌ لِتَلَفِهِ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِهِ هَوَاءَ الطَّرِيقِ، وَهَذَا مِن أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَصلُ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرنَا فِي أَوَّلِ البَابِ (وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقضِهِ إِنسَانٌ أَو عَطِبَت بِهِ دَابَّةٌ، وَإِن عَثَرَ بِذَلِكَ رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَى آخَرَ فَمَاتَا فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي أَحدَثَهُ فِيهِمَا) لأَنَّهُ يَصِيرُ كَالدَّافِعِ إِيَّاهُ عَلَيهِ (وَإِن سَقَطَ المِيزَابُ بِطَرَفَانِ أَصَابَ مَا كَانَ مِنهُ فِي الحَائِطِ رَجُلا فَقَتَلَهُ فَلا ضَمَانَ عَلَيهِ) لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لِمَا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مِلكِهِ (وَإِن أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِن الحَائِطِ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَونِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلا ضَرُورَةَ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يُرَكِّبَهُ فِي الحَائِطِ وَلا كَفَّارَةَ عَلَيهِ، وَلا يُحرَمُ عَن المِيرَاثِ لأَنَّهُ لَيسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً (وَلَو أَصَابَهُ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا وَعَلِمَ ذَلِكَ وَجَبَ نِصفُ الدِّيَةِ وَهُدِرَ النِّصفُ كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبُعٌ وَإِنسَانٌ، وَلَو لَم يُعلَم أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ يَضمَنُ النِّصفَ) اعتِبَارًا لِلأَحوَالِ (وَلَو أَشرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ فَأَصَابَ الجَنَاحُ رَجُلا فَقَتَلَهُ أَو وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الخَشَبَةَ وَبَرِئَ إِلَيهِ مِنهَا فَتَرَكَهَا المُشتَرِي حَتَّى عَطِبَ

بِهَا إنسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَى البَائِعِ) لأَنَّ فِعلَهُ وَهُوَ الوَضعُ لم يَنفَسِخ بِزَوَالِ مِلكِهِ وَهُوَ المُوجِبُ (وَلو وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمرًا فَأَحرَقَ شَيئًا يَضمَنُهُ) لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ (وَلو حَرَّكَتهُ الرِّيحُ إلى مَوضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحرَقَ شَيئًا لا يَضمَنُهُ) لِنَسخِ الرِّيحِ فِعلَهُ، وَقِيلَ إذَا كَانَ اليَومُ رِيحًا يَضمَنُهُ لأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَد أَفضَى إليهَا فَجُعِلَ كَمُبَاشَرَتِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا **أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا**) وَهُوَ المَمَرُّ عَلى العُلو بَيَانٌ لوُجُوبِ الضَّمَان وَقَوْلُهُ (مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّل البَابِ) يَعْنِي الكَنِيفَ وَالمِيزَابَ وَالجُرْصُنَ. وَقَوْلُهُ (فَالضَّمَانُ عَلى الَّذِي أَحْدَثَهُ فِيهِمَا) يَعْنِي ضَمَانُهُمَا عَلى المُحْدِث وَلا ضَمَانَ عَلى الَّذِي عَثَرَ به لأَنَّهُ مَدْفُوعٌ فِي هَذه الحَالة وَالمَدْفُوعُ كَالآلَة (وَقَوْلُهُ وَإِنْ سَقَطَ المِيزَابُ إلخ) هَذه المَسْأَلَةُ عَلى أَرْبَعَة أَوْجُه، لأَنَّهُ إمَّا أَنْ أَصَابَهُ الطَّرَفُ الدَّاخلُ أَوْ الخَارِجُ، أَوْ أَصَابَاهُ جَميعًا وَعَلمَ بذَلكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَيَّ الطَّرَفَيْنِ أَصَابَهُ، وَالجُمْلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الكتَاب بوُجُوههَا، وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَيْسَ بقَاتلٍ حَقيقَةً) يَعْني أَنَّ الكَفَّارَةَ وَحرْمَانَ الإرْث إنَّمَا يَجبَان بالقَتْل حَقيقَةً، وَهَذَا لَيْسَ بقَتْلٍ حَقيقَةً وَإلا لسَاوَى المِلكُ غَيْرَهُ كَمَا فِي الرَّمْي. قيل إنْ كَانَ قَتْلا حَقيقَةً فَالقيَاسُ شُمُولُ الوُجُوب فِي الضَّمَان وَالكَفَّارَة وَالحرْمَان، وَإنْ لَمْ يَكُنْ فَالقيَاسُ عَدَمُهُ فيهَا. وَالجَوَابُ أَنَّ الضَّمَانَ يَعْتَمدُ الإتْلافَ بطَريق صيَانَة التَّعَدِّي للدِّمَاء عَنْ الهَدَر، وَقَدْ تَحَقَّقَ إحْدَاثُهُ فِي الطَّرِيقِ مَا لَيْسَ لَهُ ذَلكَ. وَأَمَّا الكَفَّارَةُ وَالحرْمَانُ فَيَعْتَمدَان القَتْل عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ منْهُمَا.

وَقَوْلُهُ (اعْتبَارًا للأَحْوَال) يَعْني يُعْلمُ بيَقينٍ أَنَّهُ قَتيلُ الجرَاحَة، وَلا يُعْلمُ أَنَّهُ بأَيِّ الطَّرَفَيْنِ كَانَ، فَإنْ كَانَ للطَّرَف الدَّاخل فَلا ضَمَانَ، وَإنْ كَانَ بالخَارِج فَعَلَيْه الضَّمَانُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ حَصَل بالطَّرَفَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا) ظَاهرٌ وَقيل المُشْتَري مُتَعَدٍّ أَيْضًا بتَرْك الرَّفْع مَعَ إمْكَانه شَرْعًا. وَأُجيبَ بأَنَّ سَبَبَ ضَمَان القَتْل إمَّا المُبَاشَرَةُ أَوْ التَّسْبيبُ، وَلَمْ يُوجَدْ منْهُ ذَلكَ فَصَارَ كَمَنْ **تَمَكَّنَ منْ رَفْع حَجَرٍ عَنْ الطَّريق وَلَمْ يَفْعَل حَتَّى عَطبَ به إنْسَانٌ** فَإنَّهُ لا ضَمَانَ، لأَنَّهُ لَيْسَ بمُبَاشرٍ وَلا مُتَسَبِّبٍ. وَاسْتَشْكَل أَيْضًا بالحَائط المَائل إذَا تَقَدَّمَ إنْسَانٌ إلى صَاحبه بالنَّقْضِ فَلَمْ يَنْقُضْ حَتَّى بَاعَ الدَّارَ منْ غَيْره ثُمَّ أَصَابَ إنْسَانًا فَإنَّهُ لا ضَمَانَ عَلى البَائعِ وَإنْ كَانَ جَانيًا بتَرْكُ النَّقْضُ بَعْدَ التَّقَدُّم إلَيْه.

وَالجَوَابُ أَنَّ صَيْرُورَةَ صَاحِبِ الحَائِطِ ضَامِنًا بِالتَّقَدُّمِ إِلَيْهِ بِاعْتِبَارِ مِلْكِهِ وَقَدْ زَالَ بِالبَيْعِ. وَصَيْرُورَةُ مُخْرِجِ الجَنَاحِ بِشَغْلِ هَوَاءِ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ تَعَدِّيًا وَلَمْ يَزُلْ بِالبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَرَّكَتْهُ) أَيْ الجَمْرَ، قِيلَ فِيهِ تَلْوِيحٌ إِلَى أَنَّ الرِّيحَ إِنْ هَبَّتْ بِشَرَرِهَا فَأَحْرَقَتْ شَيْئًا وَجَبَ الضَّمَانُ لِأَنَّ التَّعَدِّيَ كَانَ بِوَضْعِ الجَمْرِ وَهُوَ بَاقٍ فِي مَكَانِهِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا.

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ إِذَا كَانَ اليَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ) هُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ، وَالأَوَّلُ: أَعْنِي الإِطْلَاقَ فِي عَدَمِ الضَّمَانِ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ أَفْضَى إِلَيْهَا) أَيْ إِلَى عَاقِبَتِهِ وَهُوَ الحَرْقُ بِوَاسِطَةِ الرِّيحِ.

(وَلَو استَأجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعلَةَ لِإِخرَاجِ الجَنَاحِ أَو الظُّلَّةِ فَوَقَعَ فَقَتَلَ إِنسَانًا قَبلَ أَن يَفرُغُوا مِن العَمَلِ فَالضَّمَانُ عَلَيهِم) لِأَنَّ التَّلَفَ بِفِعلِهِم (وَمَا لَم يَفرُغُوا لَم يَكُن العَمَلُ مُسَلَّمًا إِلَى رَبِّ الدَّارِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ انقَلَبَ فِعلُهُم قَتلًا حَتَّى وَجَبَت عَلَيهِم الكَفَّارَةُ، وَالقَتلُ غَيرُ دَاخِلٍ فِي عَقدِهِ فَلَم يَتَسَلَّم فِعلُهُم إِلَيهِ فَاقتَصَرَ عَلَيهِم (وَإِن سَقَطَ بَعدَ فَرَاغِهِم فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ استِحسَانًا) لِأَنَّهُ صَحَّ الاستِئجَارُ حَتَّى استَحَقُّوا الأَجرَ وَوَقَعَ فِعلُهُم عِمَارَةً وَإِصلَاحًا فَانتَقَلَ فِعلُهُم إِلَيهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفسِهِ فَلِهَذَا يَضمَنُهُ (وَكَذَا إِذَا صَبَّ المَاءَ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنسَانٌ أَو دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ المَاءَ أَو تَوَضَّأَ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ بِإِلحَاقِ الضَّرَرِ بِالمَارَّةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِن أَهلِهَا أَو قَعَدَ أَو وَضَعَ مَتَاعَهُ) لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَن يَفعَلَ ذَلِكَ فِيهَا لِكَونِهِ مِن ضَرُورَاتِ السُّكنَى كَمَا فِي الدَّارِ المُشتَرَكَةِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا بِحَيثُ يُزلَقُ بِهِ عَادَةً، أَمَّا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ المُعتَادُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُزلَقُ بِهِ عَادَةً لَا يَضمَنُ (وَلَو تَعَمَّدَ المُرُورَ فِي مَوضِعِ صَبِّ المَاءِ فَسَقَطَ لَا يَضمَنُ الرَّاشُّ) لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا رَشَّ بَعضَ الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ يَجِدُ مَوضِعًا لِلمُرُورِ لَا أَثَرَ لِلمَاءِ فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ المُرُورَ عَلَى مَوضِعِ صَبِّ المَاءِ مَعَ عِلمِهِ بِذَلِكَ لَم يَكُن عَلَى الرَّاشِّ شَيءٌ، وَإِن رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضمَنُ لِأَنَّهُ مُضطَرٌّ فِي المُرُورِ؛ وَكَذَلِكَ الحُكمُ فِي الخَشَبَةِ المَوضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخذِهَا جَمِيعَهُ أَو بَعضَهُ (وَلَو رَشَّ فِنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذنِ صَاحِبِهِ فَضَمَانُ مَا عَطِبَ عَلَى الآمِرِ استِحسَانًا. وَإِذَا استَأجَرَ أَجِيرًا لِيَبنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنسَانٌ بَعدَ فَرَاغِهِ فَمَاتَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الآمِرِ استِحسَانًا، وَلَو

كَانَ أَمَرَهُ بِالبِنَاءِ فِي وَسَطِ الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الأَجِيرِ) لفَسَادِ الأَمرِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلوْ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ) الفَعَلَةَ جَمْعُ فَاعِلٍ وَهُوَ عَلى وُجُوه: إنْ قَال المُخْرِجُ للفَعَلَة أخْرِجُوا جَنَاحًا عَلى فِنَاءِ دَارِي فَإِنَّ لي حَقَّ ذَلكَ وَلَمْ يَعْلَمْ الفَعَلَةُ غَيْرَ مَا قَال فَفَعَلُوا فَسَقَطَ وَأَصَابَ شَيْئًا قَبْل الفَرَاغِ مِنْ العَمَل أَوْ بَعْدَهُ فَالضَّمَانُ عَليْهِمْ وَيَرْجِعُونَ به عَلى الآمرِ قِيَاسًا وَاسْتحْسَانًا لأَنَّهُ وَجَبَ بِأَمْرِه فَلهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا به عَليْه، كَمَا لوْ **اسْتَأْجَرَهُ ليَذْبَحَ شَاةً لهُ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ بَعْدَ الذَّبْحِ** فَللمُسْتَحِقِّ أَنْ يُضَمِّنَ الذَّابِحَ وَيَرْجِعَ بِهِ الذَّابِحُ عَلى الآمِرِ، وَإِنْ **قَال أَشْرِعُوا جَنَاحًا عَلى فِنَاء دَارِي وَأَخْبَرَهُمْ أَنْ لا حَقَّ لهُ فِي ذَلكَ أَوْ لَمْ يُخْبِرْهُمْ فَفَعَلُوا فَسَقَطَ وَأَتْلفَ شَيْئًا قَبْل الفَرَاغِ مِنْ العَمَل** فَعَليْهِمْ الضَّمَانُ وَلَمْ يَرْجِعُوا بِهِ عَلى الآمرِ قِيَاسًا وَاسْتحْسَانًا، وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْهُ فَكَذَلكَ عَلى جَوَابِ القِيَاسِ لأَنَّهُ أَمَرَهُمْ بِمَا لا يَمْلكُ مُبَاشَرَتَهُ بِنَفْسه وَقَدْ عَلمُوا بِفَسَادِ الأَمْرِ فَلمْ يُحْكَمْ بِالضَّمَانِ عَلى المُسْتَأْجِرِ كَمَا لوْ اسْتَأْجَرَ ليَذْبَحَ شَاةَ جَارٍ لهُ فَذَبَحَ ثُمَّ ضَمِنَ الذَّابِحُ للجَارِ لمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلى الآمِرِ.

وَفِي الاسْتحْسَانِ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلى الآمرِ لأَنَّ هَذَا الأَمْرَ صَحِيحٌ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ فِنَاءٌ مَمْلُوكٌ لهُ مِنْ وَجْهٍ عَلى مَعْنَى أَنَّهُ يُبَاحُ لهُ الانْتفَاعُ بِشَرْطِ السَّلامَة غَيْرُ صَحِيحٍ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لهُ حَيْثُ لا يَجُوزُ لهُ بَيْعُهُ، فَمِنْ حَيْثُ الصِّحَّةُ يَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلى الآمرِ بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْ العَمَل، وَمِنْ حَيْثُ الفَسَادُ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلى العَامل قَبْل الفَرَاغِ مِنْهُ عَمَلا بِهِمَا، وَإِظْهَارُ جِهَة الصِّحَّة بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْ العَمَل أَوْلى مِنْ إظْهَارِهَا قَبْل الفَرَاغِ، لأَنَّ أَمْرَ الآمرِ إنَّمَا صَحَّ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ يَمْلكُ الانْتفَاعَ بِفِنَاءِ دَارِه، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ لهُ المَنْفَعَةُ بَعْدَ الفَرَاغِ مِنْ العَمَل.

وَقَوْلُهُ لأَنَّهُ (صَحَّ الاسْتئْجَارُ) يَعْنِي بِالنَّظَرِ إلى أَنَّ لهُ أَنْ يَنْتَفعَ بِفِنَاءِ دَارِه، فَبِالنَّظَرِ إلى هَذَا كَانَ أَمْرُهُ مُعْتَبَرًا وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلاحًا فَانْتَقَل فِعْلُهُمْ إليْه فَكَأَنَّهُ فَعَلهُ بِنَفْسه، وَلوْ فَعَلهُ بِنَفْسه يُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلامَة لكَوْنِه غَيْرَ مَمْلُوكٍ لهُ فَكَذَا إذَا أَمَرَ بِه.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إذَا فَعَل ذَلكَ) يَعْنِي الصَّبَّ وَالرَّشَّ وَالوُضُوءَ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي الدَّارِ المُشْتَرَكَة) يَعْنِي أَنَّهُ لهُ أَنْ يَفْعَل فِيهَا مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِ

السُّكْنَى وَهُوَ اعْتِبَارٌ لِحَقِّ الملك بحَقِيقَته. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّة) وَالعِلَّةُ إِذَا صَلحَتْ لإِضَافَةِ الحُكْمِ إِلَيْهَا بَطَل غَيْرُهَا. وَقَوْلُهُ (فِي فِنَاءِ حَانُوته) قِيل الفِنَاءُ سَعَةُ أُمِّ البُيُوت، وَقِيل مَا امْتَدَّ مِنْ جَوَانِبِهَا وَقِيل مَا أُعِدَّ لِحَوَائِجِ الدَّارِ كَرَبْطِ الدَّابَّة وَكَسْرِ الحَطَبِ وَقَوْلُهُ (فَتَعَقَّل) أَيْ تَشَبَّثَ وَتَعَلَّقَ بِالبِنَاء.

وَقَوْلُهُ (يَجِبُ الضَّمَانُ عَلى الآمِرِ) لَمْ يَتَعَرَّضْ بِأَنَّ ذَلِكَ إِذَا عَلِمَ الأَجِيرُ أَنَّ الفِنَاءَ لِغَيْرِ الآمِرِ أَوْ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ مَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ هَذَا الجَوَابَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الأَجِيرُ يَحْسَبُ أَنَّهُ لِلمُسْتَأْجِرِ حَيْثُ قَال: **وَإِنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلا لِيَحْفِرَ لَهُ بِئْرًا فِي الفِنَاءِ فَحَفَرَ وَمَاتَ فِيه إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ وَالفِنَاءُ لِغَيْرِه**، فَإِنْ كَانَ الأَجِيرُ عَالمًا بِه فَالضَّمَانُ عَلى الأَجِيرِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الأَجِيرُ أَنَّ الفِنَاءَ لِلغَيْرِ فَالضَّمَانُ عَلى المُسْتَأْجِرِ لأَنَّ الأَجِيرَ لَمْ يَعْلَمْ بِفَسَادِ الأَمْرِ.

قَال: (وَمَن حَفَرَ بِئرًا فِي طَرِيقِ المُسلمِينَ أَو وَضَعَ حَجرًا فَتَلفَ بِذَلكَ إِنسَانٌ فَدِيَتُهُ عَلى عَاقِلتِهِ، وَإِن تَلفَت بِهِ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَاله) لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ فَيَضمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنهُ، غَيرَ أَنَّ العَاقِلةَ تَتَحَمَّلُ النَّفسَ دُونَ المَال فَكَانَ ضَمَانُ البَهِيمَةِ فِي مَالهِ وَإِلقَاءُ التُّرَابِ وَإِتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ بِمَنزِلةِ إِلقَاءِ الحَجَرِ وَالخَشَبَةِ لمَا ذَكَرنَا، بِخِلافِ مَا إِذَا كَنَسَ الطَّرِيقَ فَعَطِبَ بِمَوضِعِ كَنسِهِ إِنسَانٌ حَيثُ لم يَضمَن لأَنَّهُ ليسَ بِمُتَعَدٍّ فَإِنَّهُ مَا أَحدَثَ شَيئًا فِيهِ إِنَّمَا قَصَدَ دَفعَ الأَذَى عَن الطَّرِيقِ، حَتَّى لو جَمَعَ الكُنَاسَةَ فِي الطَّرِيقِ وَتَعَقَّل بِهَا إِنسَانٌ كَانَ ضَامِنًا لتَعَدِّيهِ بِشَغلهِ (وَلو وَضَعَ حَجرًا فَنَحَّاهُ غَيرُهُ عَن مَوضِعِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلى الَّذِي نَحَّاهُ) لأَنَّ حُكمَ فِعلهِ قَد انتَسَخَ لفَرَاغِ مَا شَغَلهُ، وَإِنَّمَا أُشتُغِل بِالفِعل الثَّانِي مَوضِعٌ آخَرُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي البَالُوعَةِ يَحفِرُهَا الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِن أَمَرَهُ السُّلطَانُ بِذَلكَ أَو أَجبَرَهُ عَليهِ لم يَضمَن) لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ حَيثُ فَعَل مَا فَعَل بِأَمرِ مَن لهُ الوِلايَةُ فِي حُقُوقِ العَامَّةِ (وَإِن كَانَ بِغَيرِ أَمرِهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ) إِمَّا بِالتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ غَيرِهِ أَو بِالافتِيَاتِ عَلى رَأيِ الإِمَامِ أَو هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرطِ السَّلامَةِ، وَكَذَا الجَوَابُ عَلى هَذَا التَّفصِيل فِي جَمِيعِ مَا فُعِل فِي طَرِيقِ العَامَّةِ مِمَّا ذَكَرنَاهُ وَغَيرِهِ لأَنَّ المَعنَى لا يَختَلفُ (وَكَذَا إِن حَفَرَهُ فِي مِلكِهِ لا يَضمَنُ) لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ (وَكَذَا إِذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ) لأَنَّ لهُ ذَلكَ لمَصلحَةِ دَارِهِ وَالفِنَاءُ فِي تَصَرُّفِهِ. وَقِيل

هَذَا إِذَا كَانَ الفِنَاءُ مَملُوكًا لهُ أو كَانَ لهُ حقُّ الحفرِ فِيهِ لأنَّهُ غَيرُ مُتَعَدٍّ، أمَّا إذَا كَانَ لجمَاعَةِ المُسلمِينَ أو مُشتَرَكًا بِأن كَانَ فِي سِكَّةٍ غَيرِ نَافِذَةٍ فَإنَّهُ يَضمَنُهُ لأنَّهُ مُسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ وهَذَا صَحِيحٌ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ المُسْلمِينَ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَالبَالُوعَةُ: ثَقْبٌ فِي وَسَطِ البَيْتِ، وَكَذَلكَ البَلُّوعَةُ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَالهَا عَلى بَيَانِ إِذْنِ الإِمَامِ. وَالافْتِيَاتُ: الاسْتِبْدَادُ بِالرَّأْيِ افْتِعَالٌ مِنْ الفَوْتِ وَهُوَ السَّبْقُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الجَوَابُ عَلى التَّفْصِيل) يَعْنِي أَنَّهُ لوْ فَعَلهُ بِأَمْرِ مَنْ لهُ الوِلايَةُ فِي الأَمْرِ لمْ يَضْمَنْهُ، وَلوْ فَعَل بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَمْرِ أَحَدٍ ضَمِنَهُ.

وَقَوْلُهُ (مِمَّا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مِنْ أَوَّل البَابِ إلى هُنَا مِنْ إِخْرَاجِ الكَنِيفِ وَالمِيزَابِ وَالجُرْصُنِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ وَإِشْرَاعِ الرَّوْشَنِ وَحَفْرِ البِئْرِ.

وَقَوْلُهُ (وَغَيْرَهُ) يَعْنِي مَا لمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَابِ كَبِنَاءِ الظُّلَّةِ وَغَرْسِ الشَّجَرِ وَرَمْيِ الثَّلجِ وَالجُلُوسِ للبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلكَ إِنْ حَفَرَهُ فِي مِلكِهِ لا يَضْمَنُ) يَعْنِي كَمَا إِذَا أَمَرَهُ الإِمَامُ فَحَفَرَ فِي طَرِيقِ المُسْلمِينَ لمْ يَضْمَنْ مَا تَلفَ بِهِ، كَذَلكَ إِذَا حَفَرَهُ فِي مِلكِهِ وَإِنْ لمْ يَأْذَنْ لهُ الإِمَامُ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلكَ إِذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ) يَعْنِي وَإِنْ لمْ يَكُنْ الفِنَاءُ مِلكَهُ. وَقِيل جَازَ لهُ ذَلكَ إِذَا كَانَ الفِنَاءُ مَمْلُوكًا لهُ أَوْ كَانَ لهُ حَقُّ الحَفْرِ بِأَنْ لا يَضُرَّ لأَحَدٍ أَوْ أَذِنَ لهُ الإِمَامُ، أَمَّا إِذَا لمْ يَكُنْ كَذَلكَ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ.

وَقَوْلُهُ (هَذَا) يَعْنِي هَذَا الجَوَابَ وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ إِذَا كَانَ الفِنَاءُ لجَمَاعَةِ المُسْلمِينَ أَوْ كَانَ مُشْتَرَكًا إِذَا كَانَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ صَحِيحٌ.

(وَلو حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ وَمَاتَ الوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا أو غَمًّا لا ضَمَانَ عَلى الحَافِرِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لأنَّهُ مَاتَ لمَعنًى فِي نَفسِهِ فَلا يُضَافُ إلى الحَفرِ، وَالضَّمَانُ إنَّمَا يَجِبُ إذَا مَاتَ مِن الوُقُوعِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن مَاتَ جُوعًا فَكَذَلكَ، وَإن مَاتَ غَمًّا فَالحَافِرُ ضَامِنٌ لهُ لأنَّهُ لا سَبَبَ للغَمِّ سِوَى الوُقُوعِ، أَمَّا الجُوعُ فَلا يَختَصُّ بِالبِئرِ. وَقَال مُحَمَّدٌ: هُوَ ضَامِنٌ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، لأنَّهُ إنَّمَا حَدَثَ بِسَبَبِ الوُقُوعِ، إذ لولاهُ لكَانَ الطَّعَامُ

قَرِيبًا مِنهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ وَمَاتَ الوَاقِعُ فِيه جُوعًا أَوْ غَمًّا) أَيْ انْخنَاقًا بالعُفُونَة. قَال فِي الصِّحَاحِ: يَوْمُ غَمٍّ إذَا كَانَ يَأْخُذُ النَّفْسَ مِنْ شِدَّة الحَرِّ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ، وَلا يُتَوَهَّمُ مِنْ تَقْدِيمِ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَرْجُوحٌ عَلى عَادَة مَنْ يُؤَخِّرُ الرَّاجِحَ فَإِنَّ الفِقْهَ مَعَهُ أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ حَبَسَ رَجُلا فِي بِئْرٍ حَتَّى مَاتَ غَمًّا فَإِنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَيْه، بِخِلافِ مَا لوْ مَاتَ فِيهِ مِنْ الوُقُوعِ لأَنَّ أَثَرَ فِعْلِه وَهُوَ العُمْقُ أَثَّرَ فِي نَفْسِ الوَاقِعِ فَلا بُدَّ مِنْ أَثَرِ الوُقُوعِ لوُجُوبِ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِن استَأجَرَ أُجرَاءَ فَحَفَرُوهَا لهُ فِي غَيرِ فِنَائِهِ فَذَلكَ عَلى المُستَأجِرِ وَلا شَيءَ عَلَى الأُجرَاءِ إن لم يَعلمُوا أَنَّهَا فِي غَيرِ فِنَائِهِ) لأَنَّ الإِجارَةَ صَحَّت ظَاهِرًا إذَا لم يَعلمُوا فَنُقِل فِعلُهُم إليهِ لأَنَّهُم كَانُوا مَغرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا إذَا أَمَرَ آخَرَ بِذَبحِ هَذِهِ الشَّاةِ فَذَبَحهَا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الشَّاةَ لغَيرِهِ، إلا أَنَّ هُنَاكَ يَضمَنُ المَأمُورُ وَيَرجِعُ عَلى الآمِرِ لأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ وَالآمِرُ مُسَبِّبٌ وَالتَّرجِيحُ للمُبَاشَرَةِ فَيَضمَنُ المَأمُورُ وَيَرجِعُ المَغرُورُ، وَهُنَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلى المُستَأجِرِ ابتِدَاءً لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُسَبِّبٌ وَالأَجِيرُ غَيرُ مُتَعَدٍّ وَالمُستَأجِرُ مُتَعَدٍّ فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ (وَإِن عَلمُوا ذَلكَ فَالضَّمَانُ عَلى الأُجرَاءِ) لأَنَّهُ لم يَصِحَّ أَمرُهُ بِمَا لَيسَ بِمَملُوكٍ لهُ وَلا غُرُورَ فَبَقِيَ الفِعلُ مُضَافًا إليهِم (وَإِن قَال لهُم: هَذَا فِنَائِي) وَلَيسَ لي فِيهِ حَقُّ الحَفرِ فَحَفَرُوا وَمَاتَ فِيهِ إنسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلى الأُجرَاءِ قِيَاسًا (لأَنَّهُم عَلمُوا بِفَسَادِ الأَمرِ فَمَا غَرَّهُم) وَفِي الاستِحسَانِ الضَّمَانُ عَلى المُستَأجِرِ (لأَنَّ كَونَهُ فِنَاءً لهُ بِمَنزِلةِ كَونِهِ مَملُوكًا لهُ لانطِلاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِن إلقَاءِ الطِّينِ وَالحَطَبِ وَرَبطِ الدَّابَّةِ وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ فَكَانَ الأَمرُ بِالحَفرِ فِي مِلكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إلى مَا ذَكَرنَا فَكَفَى ذَلكَ لنَقل الفِعل إليهِ. قَال): وَمَن جَعَل قَنطَرَةً بِغَيرِ إذنِ الإِمَامِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَليهَا فَعَطِبَ فَلا ضَمَانَ عَلى الَّذِي عَمِل القَنطَرَةَ، وَكَذَلكَ (إذَا وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَليهَا) لأَنَّ الأَوَّل تَعَدٍّ هُوَ تَسبِيبٌ، وَالثَّانِي تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ فَكَانَت الإِضَافَةُ إلى المُبَاشِرِ أَولى، وَلأَنَّ تَخَلُّل فِعل فَاعِلٍ مُختَارٍ يَقطَعُ النِّسبَةَ كَمَا فِي الحَافِرِ مَعَ المُلقِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ فَحَفَرُوهَا لَهُ فِي غَيْرِ فِنَائِه**) يَعْنِي بِأَنْ كَانَ الفِنَاءُ لِلغَيْرِ أَوْ طَرِيقًا لِلعَامَّة لَكِنَّهُ غَيْرُ مَشْهُورٍ، فَإِمَّا أَنْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِنَائه أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَلا شَيْءَ عَلَى الأُجَرَاءِ لأَنَّ الإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا ذَلِكَ، وَذَلِكَ يَكْفِي لِنَقْلِ الفِعْلِ إِلى الآمِرِ، لأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ عَلَى صِحَّةِ الأَمْرِ حَقِيقَةً تَضَرَّرَ الأُجَرَاءُ فَامْتَنَعُوا عَنْ العَمَلِ مَخَافَةَ لُزُومِ العُهْدَةِ وَبِالنَّاسِ حَاجَةٌ إِلى ذَلِكَ فَنُقِلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْه، وَهَذَا دَلِيلُ كَوْنِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ) دَلِيلُ قَوْلِه وَلا شَيْءَ عَلَى الأُجَرَاءِ، وَصَارَ هَذَا الأَمْرُ فِي صِحَّتِه ظَاهِرًا، وَكَوْنُ الْمَأْمُورِ مَغْرُورًا كَالآمِرِ بِذَبْحِ شَاةٍ ظَهَرَ فِيهَا اسْتِحْقَاقُ الغَيْرِ، إلا أَنَّ هُنَاكَ يَضْمَنُ الْمَأْمُورُ وَيَرْجِعُ عَلَى الآمِرِ لِكَوْنِه مُبَاشِرًا، وَكَوْنُ الآمِرِ مُسَبِّبًا وَالتَّرْجِيحُ لِلمُبَاشَرَةِ فَيَضْمَنُ وَيَرْجِعُ لِلغُرُورِ، وَهَاهُنَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ وَالأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَالْمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٍّ فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالضَّمَانُ عَلَى الأُجَرَاءِ لِعَدَمِ صِحَّةِ الأَمْرِ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ فَلا يُنْقَلُ فِعْلُهُمْ إِلَيْه وَلَيْسُوا بِمَغْرُورِينَ فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْهُمْ فَبَقِيَ الفِعْلُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ.

وَفِي عِبَارَتِه تَسَامُحٌ لأَنَّ صِحَّةَ الأَمْرِ فِيمَا نَحْنُ فِيه لا تَحْتَاجُ إِلى كَوْنِ الْمَأْمُورِ بِه فِي مِلْكِه حَتَّى يَصِحَّ التَّعْلِيلُ بِقَوْلِه لأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ، بَل الْمُنَاسِبُ أَنْ يُقَالَ: لأَنَّ الأَمْرَ لَمْ يَصِحَّ ظَاهِرًا حَيْثُ عَلِمُوا، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ هَذِه الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ الأَمْرِ بِإِشْرَاعِ الجَنَاحِ، فَإِنَّ الأُجَرَاءَ هُنَاكَ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا ضَمِنُوا وَرَجَعُوا عَلَى الآمِرِ وَهَا هُنَا لَمْ يَضْمَنُوا أَصْلا.

وَالجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْه الْمُصَنِّفُ فِي ذَبْحِ شَاةِ غَيْرِه بِأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ وَالآمِرَ مُسَبِّبٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ إِشْرَاعَ الجَنَاحِ كَذَبْحِ الشَّاةِ إِذَا ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُهَا (وَإِنْ قَال لَهُمْ هَذَا فِنَائِي) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَكَانَ الأَمْرُ بِالحَفْرِ فِي مِلْكِه ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلى مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ لانْطِلاقِ يَدِه فِي التَّصَرُّفِ إلخ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ لَيْسَ لِي فِيه حَقُّ الحَفْرِ يُخَالِفُ هَذَا الظَّاهِرَ وَهُوَ صَرِيحٌ فَلا تُعْتَبَرُ الدَّلالَةُ بِمُقَابَلَتِه. أُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ لَيْسَ لِي فِيه حَقُّ الحَفْرِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ لَيْسَ لِي ذَلِكَ فِي القَدِيمِ، وَهَكَذَا لَفْظُ الْمَبْسُوطِ فَيَكُونُ الصَّرِيحُ

مُشْتَرَكَ الدَّلالة فَلا يُعَارِضُ الدَّلالةَ. قَال (وَمَنْ جَعَل قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (لأَنَّ الأَوَّل) يَعْنِي جَعْل القَنْطَرَةِ وَوَضْعَ الخَشَبَةِ (تَعَدٍّ) أَمَّا وَضْعُ الخَشَبَةِ فَكَوْنُهُ تَعَدِّيًا ظَاهِرٌ وَأَمَّا بِنَاءُ القَنْطَرَةِ فَلأَنَّ البَانِيَ فَوَّتَ حَقًّا عَلى غَيْرِهِ فَإِنَّ التَّدْبِيرَ فِي وَضْعِ القَنَاطِرِ عَلى الأَنْهَارِ العِظَامِ مِنْ حَيْثُ تَعْيِينُ المَكَانِ وَالضِّيقِ وَالسَّعَةِ لِلإِمَامِ فَكَانَ جِنَايَةً بِهَذَا الاعْتِبَارِ وَالجِنَايَةُ تَعَدٍّ لا مَحَالَةَ.

قَال (وَمَن حمَل شيْئًا فِي الطَّرِيقِ فَسَقَطَ على إنسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ إنسَانٌ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَا إذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إنسَانٌ وَإن كَانَ رِدَاءً قد لبِسَهُ فَسَقَطَ عَنهُ فَعَطِبَ بِهِ إنسَانٌ لم يَضمَن) وَهَذَا اللَّفظُ يَشمَلُ الوَجهَينِ، وَالفَرقُ أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفظَهُ فَلا حَرَجَ فِي التَّقيِيدِ بِوَصفِ السَّلامَةِ، وَاللابِسُ لا يَقصِدُ حِفظَ مَا يَلبَسُهُ فَيَخرُجُ بِالتَّقيِيدِ بِمَا ذَكَرنَا فَجَعَلنَاهُ مُبَاحًا مُطلقًا. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إذَا لبِسَ مَا لا يَلبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالحَامِلِ لأَنَّ الحَاجَةَ لا تَدعُو إلى لُبسِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَهَذَا اللَّفْظُ) يَعْنِي قَوْلَهُ فَعَطِبَ بِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ (يَشْمَلُ الوَجْهَيْنِ) وَهُمَا تَلفُ الإِنْسَانِ بِوُقُوعِ الشَّيْءِ المَحْمُول عَلَيْه، وَتَلفُهُ بِالتَّعَثُّرِ بِهِ بَعْدَمَا وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ قَوْلَهُ فَعَطِبَ بِهِ مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله فَسَقَطَ عَلى إِنْسَانٍ وَذَلكَ لا يَشْمَلُ التَّعَثُّرَ بِهِ، نَعَمْ لفْظُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهُوَ قَوْلُهُ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي **الرَّجُل يَحْمِلُ الشَّيْءَ فِي الطَّرِيقِ فَيَسْقُطُ مِنْهُ ذَلكَ الشَّيْءُ فَيَعْطَبُ بِهِ إِنْسَانٌ فَيَمُوتُ** قَال الحَامِلُ ضَامِنٌ يَشْمَلُهُمَا. وَالفَرْقُ بَيْنَ العِبَارَتَيْنِ بَيِّنٌ.

وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ جَعْلُ قَوْله وَهَذَا اللَّفْظُ إِشَارَةٌ إِلى قَوْله فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ، وَهُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلى الرِّدَاءِ فَاسِدٌ لأَنَّ مَوْتَ الإِنْسَانِ بِسُقُوطِ الرِّدَاءِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَلعَلَّ المُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللَّهُ نَظَرَ إِلى المَعْطُوفِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ المَعْطُوفِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي بِوَصْفِ السَّلامَةِ. وَقَوْلُهُ (مَا لا يَلبَسُهُ عَادَةً) يَعْنِي مِثْل اللِّبَدِ وَالجُوَالقِ وَدُرُوعِ الحَرْبِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الحَرْبِ، وَكَذَا إِذَا لبِسَ زِيَادَةً عَلى مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عَلى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لعَدَمِ عُمُومِ البَلوَى بِهِ.

قَال: (وَإذَا كَانَ المَسجِدُ للعَشِيرَةِ فعَلّقَ رَجُلٌ مِنهُم فِيهِ قِنديلا أو جَعَل فِيهِ بَوَارِي أَو حَصَاةً فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ لم يَضمَن، وَإن كَانَ الّذِي فَعَل ذَلكَ مِن غَيرِ العَشِيرَةِ ضَمِنَ) قَالُوا: هَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَقَالا: لا يَضمَنُ فِي الوَجهَين جَمِيعًا، لأنَّ هَذِهِ مِن القُرَبِ وَكُلُّ أَحَدٍ مَأذُونٌ فِي إقَامَتِهَا فَلا يَتَقَيّدُ بِشَرطِ السّلامَة، كَمَا إذَا فَعَلَهُ بِإذنِ وَاحِدٍ مِن أَهل المَسجِدِ. وَلأبِي حَنِيفَة وَهُوَ الفَرقُ أَنّ التّدبِيرَ فِيمَا يَتَعَلّقُ بِالمَسجِدِ لأهلِه دُونَ غَيرِهِم كَنَصبِ الإمَامِ وَاختِيَارِ المُتَوَلّي وَفَتحِ بَابِهِ وَإغلاقِهِ وَتَكرارِ الجَمَاعَة إذَا سَبَقَهُم بِهَا غَيرُ أَهلِهِ فَكَانَ فِعلُهُم مُبَاحًا مُطلقًا غَيرَ مُقَيّدٍ بِشَرطِ السّلامَة وَفِعلُ غَيرِهِم تَعَدّيًا أَو مُبَاحًا مُقَيّدًا بِشَرطِ السّلامَة، وَقَصدُ القُربَة لا يُنَافِي الغَرَامَة إذَا أَخطَأَ الطّرِيقَ كَمَا إذَا تَفَرّدَ بِالشّهَادَةِ عَلى الزّنَا وَالطّرِيقُ فِيمَا نَحنُ فِيهِ الاستِئذَانُ مِن أَهلِه.

قَال: (وَإن جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنهُم فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ لم يَضمَن إن كَانَ فِي الصّلاةِ، وَإن كَانَ فِي غَيرِ الصّلاةِ ضَمِنَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَقَالا: لا يَضمَنُ عَلى كُلّ حَالٍ. وَلو كَانَ جَالسًا لقِرَاءَةِ القُرآنِ أَو للتّعليمِ أَو للصّلاةِ أَو نَامَ فِيهِ فِي أَثنَاءِ الصّلاةِ أَو فِي غَيرِ الصّلاةِ أَو مَرّ فِيهِ مَارًّا أَو قَعَدَ فِيهِ لحَدِيثٍ فَهُوَ عَلى هَذَا الاختِلافِ، وَأَمّا المُعتَكِفُ فَقَد قِيل عَلى هَذَا الاختِلافِ، وَقِيل لا يَضمَنُ بِالاتّفَاقِ. لهُمَا أَنّ المَسجِدَ إنّمَا بُنِيَ للصّلاةِ وَالذّكرِ وَلا يُمكِنُهُ أَدَاءُ الصّلاةِ بِالجَمَاعَة إلا بِانتِظَارِهَا فَكَانَ الجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا لأنّهُ مِن ضَرُورَاتِ الصّلاةِ، أَو لأنّ المُنتَظِرَ للصّلاةِ فِي الصّلاةِ حُكمًا بِالحَدِيثِ فَلا يَضمَنُ كَمَا إذَا كَانَ فِي الصّلاةِ.

وَلهُ أَنّ المَسجِدَ إنّمَا بُنِيَ للصّلاةِ، وَهَذِهِ الأشيَاءُ مُلحَقَة بِهَا فَلا بُدّ مِن إظهَارِ التّفَاوُتِ فَجَعَلنَا الجُلُوسَ للأصل مُبَاحًا مُطلقًا وَالجُلُوسَ لمَا يُلحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقَيّدًا بِشَرطِ السّلامَة وَلا غَروَ أَن يَكُونَ الفِعلُ مُبَاحًا أَو مَندُوبًا إليه وَهُوَ مُقَيّدٌ بِشَرطِ السّلامَة كَالرّمي إلى الكَافِرِ أَو إلى الصّيدِ وَالمَشيِ فِي الطّرِيقِ وَالمَشيِ فِي المَسجِدِ إذَا وَطِئَ غَيرَهُ وَالنّومِ فِيهِ إذَا انقَلبَ عَلى غَيرِهِ (وَإن جَلَسَ رَجُلٌ مِن غَيرِ العَشِيرَةِ فِيهِ للصّلاةِ فَتَعَقّل بِهِ إنسَانٌ يَنبَغِي أَن لا يَضمَنَ) لأنّ المَسجِدَ بُنِيَ للصّلاةِ وَأَمرُ الصّلاةِ بِالجَمَاعَة إن كَانَ مُفَوّضًا إلى أَهل المَسجِدِ فَلكُلّ وَاحِدٍ مِن المُسلمِينَ أَن يُصَلّيَ فِيهِ وَحدَهُ والله سبحانه وتعالى أعلم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (للعَشيرَة) يَعْني أَهْلَ المَسْجد.

وَقَوْلُهُ (ضَمِنَ) يَعْني إذَا فَعَلَ ذَلكَ بغَيْرِ إذْنِ أَحَد منْ العَشيرَة بدَليل قَوْله منْ بَعْدُ كَمَا إذَا فَعَلَهُ بإذْنِ وَاحد منْ أَهْلِ المَسْجد. وَقَوْلُهُ (كَنَصْبِ الإمَامِ) يَعْني إذَا لَمْ يَكُنْ البَاني مَوْجُودًا، أَمَّا إذَا كَانَ فَنَصَّبَ الإمَامُ إلَيْه وَهُوَ مُخْتَارُ الإسْكَاف رَحمَهُ اللَّهُ: قَال أَبُو اللَّيْث رَحمَهُ اللَّهُ: وَبه نَأْخُذُ إلا أَنْ يُنَصِّبَ شَخْصًا وَالقَوْمُ يُريدُونَ مَنْ هُوَ أَصْلَحُ منْهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللَّهُ اخْتَارَ قَوْلَ ابْنِ سَلامٍ إنَّ القَوْمَ أَوْلَى بنَصْبِ الإمَامِ وَالمُؤَذِّن، وَالبَاني أَوْلَى بالعمَارَة. وَقَوْلُهُ (وَتَكْرَارُ الجَمَاعَة إذَا سَبَقَهُمْ بهَا غَيْرُ أَهْله) فَلَهُمْ تَكْرَارُ الجَمَاعَة، بخلاف مَا إذَا سُبقُوا بهَا فَإنَّهُ لَيْسَ لغَيْرهمْ أَنْ يُكَرِّرَ الجَمَاعَةَ. وَقَوْلُهُ (وَقَصْدُ القُرْبَة لا يُنَافي الغَرَامَةَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهمَا لأَنَّ هَذه منْ القُرَب.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إذَا انْفَرَدَ بالشَّهَادَة عَلى الزِّنَا) فَإنَّهُ قَصَدَ القُرْبَةَ لكنْ أَخْطَأَ الطَّريقَ، فَإنَّ شَرْطَهَا أَنْ يَكُونَ الشُّهُودُ أَرْبَعَةً ممَّنْ تُسْمَعُ شَهَادَتُهُ، فَإذَا انْقَضَتْ انْقَلَبَتْ قَذْفًا وَاسْتَوْجَبَ الحَدَّ. قَال (وَإنْ جَلسَ فيه رَجُلٌ منْهُمْ فَعَطبَ به رَجُلٌ إلخْ) وَإنْ **جَلسَ في المَسْجد رَجُلٌ منْ العَشيرَة فَعَطبَ به رَجُلٌ** فَإمَّا إنْ كَانَ في الصَّلاة أَوْ لَمْ يَكُنْ فيهَا، فَإنْ كَانَ في الصَّلاة فَلا ضَمَانَ عَلَيْه سَوَاءٌ كَانَتْ الصَّلاةُ فَرْضًا أَوْ نَفْلا لأَنَّ النَّفلَ بالشُّرُوعِ يَصيرُ فَرْضًا، وَإنْ لَمْ يَكُنْ فيهَا بَل كَانَ قَاعدًا لغَيْرهَا ضَمنَ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللَّهُ.

وَقَالا: لا يَضْمَنُ عَلى كُلِّ حَالٍ وَلَوْ كَانَ جَالسًا لقرَاءَة القُرْآن أَوْ للتَّعْليم) أَيْ لتَعْليمِ الفقْه أَوْ الحَديث (أَوْ للصَّلاة) يَعْني مُنْتَظرًا لهَا (أَوْ نَامَ فيه في أَثْنَاء الصَّلاة أَوْ في غَيْرِ الصَّلاة أَوْ مَرَّ فيه مَارًّا أَوْ قَعَدَ فيه لحَديث) قَال المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللَّهُ (فَهُوَ عَلى هَذَا الاخْتلاف) وَهُوَ اخْتيَارُ بَعْضِ أَصْحَابنَا، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ الرَّازيّ. وَقَال بَعْضُهُمْ وَهُوَ اخْتيَارُ أَبي عَبْد اللَّه الجُرْجَانيِّ لَيْسَ فيه خلافٌ، بَل لا ضَمَانَ فيه بالاتِّفَاق. وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: في عبَارَة الكتَاب تَكْرَارٌ، لأَنَّهُ قَال: وَإنْ كَانَ في غَيْر الصَّلاة ضَمنَ وَغَيْرُ الصَّلاة يَشْمَلُ هَذَا المَذْكُورَ كُلَّهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ وَإنْ كَانَ في غَيْرِ الصَّلاة ضَمنَ لفَظ الجَامعِ الصَّغير.

وَقَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ جَالسًا لقراءَةِ القُرْآنِ مِنْ لفظ المُصَنِّف بَيَانٌ لذلكَ لكنَّ قَوْلَهُ فَهُوَ عَلَى هَذَا الاخْتلاف يُفِيدُ اتِّفَاقَ المَشَايِخِ عَلى ذَلكَ، وَلَيْسَ كَذَلكَ بَل هُوَ عَلى الاخْتِلافِ كَمَا رَأَيْت، وَكَانَ مِنْ حَقِّ الكَلامِ أَنْ يَقُول: فَقَدْ قِيل عَلى هَذَا الاخْتِلاف وَقِيل لا يَضْمَنُ بلا خلاف كَمَا قَال فِي الاعْتِكَاف. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ للصَّلاةِ وَالذِّكْرِ) قَال اللَّهُ تَعَالى ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ وَيُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلۡغُدُوِّ وَٱلۡأٓصَالِ﴾ [النور: ٣٦] وقوْله تَعَالى ﴿وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وَقَوْلُهُ (وَلهُ أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ للصَّلاةِ) لأَنَّ المَسْجِدَ مَوْضِعُ السُّجُود أَلا يُرَى أَنَّ المَسْجِدَ إِذَا ضَاقَ عَلى المُصَلِّي كَانَ لهُ إِزْعَاجُ القَاعِدِ فِيهِ المُشْتَغِل بالذِّكْرِ وَالقِرَاءَةِ وَالتَّدْرِيسِ لأَنَّهُ يَطْلُبُ مَوْضُوعَهُ الأَصْليَّ دُونَ العَكْسِ، وَمَا عَرَفَ النَّاسُ المَسْجِدَ إلا لأَجْل الصَّلاةِ فِيه، وَلا دَلالةَ لمَا ذَكَرَا مِنْ الآيَتَيْنِ عَلى مَا سِوَى الإِذْنِ وَالعُكُوفِ بِهِ وَلَيْسَ الكَلامُ فِيهِ، وَكَوْنُهَا مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلاةِ مُسَلَّمٌ لكِنْ لا بُدَّ مِنْ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ المَوْضُوعِ الأَصْليِّ وَمَا أُلحِقَ بِهِ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ

فَصلٌ فِي الحَائِطِ المَائل

قَال: (وَإِذَا مَال الحَائِطُ إِلى طَرِيقِ المُسلمِينَ فَطُولبَ صَاحِبُهُ بِنَقضِهِ وَأَشهدَ عَليهِ فَلم يَنقُضهُ فِي مُدَّةٍ يَقدِرُ عَلى نَقضِهِ حَتَّى سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلفَ بِهِ مِن نَفسٍ أَو مَالٍ) وَالقِيَاسُ أَن لا يَضمَنَ لأَنَّهُ لا صُنعَ مِنهُ مُبَاشَرَةً، وَالمُبَاشَرَةُ شَرطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، لأَنَّ أَصل البِنَاءِ كَانَ فِي مِلكِهِ، وَالمَيَلانُ وَشَغلُ الهَوَاءِ لَيسَ مِن فِعلِهِ فَصَارَ كَمَا قَبل الإِشهَادِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الحَائِطَ لَمَّا مَال إِلى الطَّرِيقِ فَقَد اشتَمَل هَوَاءَ طَرِيقِ المُسلمِينَ بِمِلكِهِ وَرَفعُهُ فِي يَدِهِ، فَإِذَا تَقَدَّمَ إِليهِ وَطُولبَ بِتَفرِيغِهِ يَجِبُ عَليهِ فَإِذَا امتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنزِلةِ مَا لو وَقَعَ ثَوبُ إِنسَانٍ فِي حِجرِهِ يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالامتِنَاعِ عَن التَّسلِيمِ إِذَا طُولبَ بِهِ كَذَا هَذَا، بِخِلافِ مَا قَبل الإِشهَادِ لأَنَّهُ بِمَنزِلةِ هَلاكِ الثَّوبِ قَبل الطَّلبِ، وَلأَنَّا لو لم نُوجِب عَليهِ الضَّمَانَ يَمتَنِعُ عَن التَّفرِيغِ فَيَنقَطِعُ المَارَّةُ حَذَرًا عَلى أَنفُسِهِم فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ، وَدَفعُ الضَّرَرِ العَامِّ مِن الوَاجِبِ وَلهُ تَعَلُّقٌ بِالحَائِطِ فَيَتَعَيَّنُ لدَفعِ هَذَا الضَّرَرِ، وَكَم مِن ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لدَفعِ العَامِّ مِنهُ، ثُمَّ فِيمَا تَلفَ بِهِ مِن النُّفُوسِ تَجِبُ الدِّيَةُ وَتَتَحَمَّلُهَا العَاقِلةُ، لأَنَّهُ فِي كَونِهِ جِنَايَةً دُونَ الخَطَإِ فَيَستَحِقُّ فِيهِ التَّخفِيفُ بِالطَّرِيقِ

الأُولى كَي لا يُؤَدِّيَ إلى استِئصَالِهِ وَالإجحَافِ بِهِ، وَمَا تَلفَ بِهِ مِن الأموَال كَالدَّوَابِّ وَالعُرُوضِ يَجِبُ ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ، لأنَّ العَوَاقِل لا تَعقِلُ المَالَ وَالشَّرطُ التَّقَدُّمُ إليهِ وَطَلَبُ النَّقضِ مِنهُ دُونَ الإشهَادِ، وَإنَّمَا ذَكَرَ الإشهَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِن إثبَاتِهِ عِندَ إنكَارِهِ فَكَانَ مِن بَابِ الاحتِيَاطِ. وَصُورَةُ الإشهَادِ أَن يَقُول الرَّجُلُ: اشهَدُوا أَنِّي قَد تَقَدَّمت إلى هَذَا الرَّجُل فِي هَدمِ حَائِطِهِ هَذَا، وَلا يَصِحُّ الإشهَادُ قَبل أَن يَهِيَ الحَائِطُ لانعِدَامِ التَّعَدِّي.

الشرح:

(**فَصْلٌ فِي الحَائِطِ المَائِل**): لَمَّا كَانَ الحَائِطُ المَائِلُ يُنَاسِبُ الجُرْصُنَ وَالرَّوْشَنَ وَالجَنَاحَ وَالكَنِيفَ وَغَيْرَهَا أَلحَقَ مَسَائِلَهُ بِهَا فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ. قَال (**وَإِذَا مَال حَائِطٌ إلى طَرِيقِ المُسْلمِينَ** إلخْ) أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ بِوَجْهِ القِيَاسِ وَلَمْ يُوجِبْ الضَّمَانَ، وَعُلمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ اسْتَحْسَنُوا إيجَابَ الضَّمَانِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ وَشُرَيْحٍ وَالنَّخَعِيِّ وَالشَّعْبِيِّ وَغَيْرِهِمْ مِنْ التَّابِعِينَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ مَذْكُورٌ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ العَامِّ) كَالرَّامِي إلى الكُفَّارِ وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِالمُسْلمِينَ وَقَطْعِ العُضْوِ لِلأَكْلةِ عِنْدَ خَوْفِ هَلاكِ النَّفْسِ. وَقَوْلُهُ (وَتَتَحَمَّلُهَا العَاقِلةُ) قَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إنَّ العَاقِلةَ لا تَتَحَمَّلُ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلى ثَلاثَةِ أَشْيَاءَ: عَلى التَّقَدُّمِ إليْهِ فِي النَّقْدِ، وَعَلى أَنَّهُ مَاتَ مِنْ سُقُوطِهِ عَليْهِ، وَعَلى أَنَّ الدَّارَ لهُ، لأَنَّ كَوْنَ الدَّارِ فِي يَدِهِ ظَاهِرٌ وَالظَّاهِرُ لا يُسْتَحَقُّ بِهِ حَقٌّ عَلى الغَيْرِ. وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إليْهِ) وَهُوَ أَنْ يَقُول صَاحِبُ الحَقِّ لِصَاحِبِ الحَائِطِ إنَّ حَائِطَك هَذَا مَخُوفٌ أَوْ يَقُول مَائِلٌ فَانْقُضْهُ أَوْ اهْدِمْهُ حَتَّى لا يَسْقُطَ وَلا يُتْلفَ شَيْئًا.

وَلوْ قَال يَنْبَغِي أَنْ تَهْدِمَهُ فَذَاكَ مَشُورَةٌ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ التَّقَدُّمُ مِنْ صَاحِبِ حَقٍّ كَوَاحِدٍ مِنْ العَامَّةِ مُسْلمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ صَبِيًّا أَوْ امْرَأَةً إنْ مَال إلى طَرِيقِهِمْ وَوَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ السِّكَّةِ الخَاصَّةِ إنْ مَال إليْهَا وَصَاحِبِ الدَّارِ أَوْ سُكَّانِهَا إنْ مَال إليْهَا، وَأَنْ يَكُونَ إلى مَنْ لهُ وِلايَةُ التَّفْرِيغِ حَتَّى لوْ **تَقَدَّمَ إلى مَنْ يَسْكُنُ الدَّارَ بِإِجَارَةٍ أَوْ إعَارَةٍ فَلمْ يُنْقَضْ حَتَّى سَقَطَ عَلى إنْسَانٍ** فَلا ضَمَانَ عَلى أَحَدٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالشَّرْطُ هُوَ التَّقَدُّمُ دُونَ الإِشْهَادِ) حَتَّى لوْ اعْتَرَفَ صَاحِبُهُ أَنَّهُ طُولِبَ

بِنَقْضِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ.

قَال: (وَلو بَنَى الحائِطَ مَائِلا فِي الابتِدَاءِ قَالُوا: يَضمَنُ مَا تَلفَ بِسُقُوطِهِ مِن غَيرِ إشهَادٍ) لأنَّ البِنَاءَ تَعدٍّ ابتِدَاءً كمَا فِي إشرَاعِ الجنَاحِ. قَال: (وَتُقبَلُ شَهَادَةُ رَجُلينِ أَو رَجُلٍ وَامرَأَتَينِ عَلى التَّقدُّمِ) لأنَّ هَذِهِ ليسَت بِشَهَادَةٍ عَلى القَتل، وَشَرطُ التَّركِ فِي مُدَّةٍ يَقدِرُ عَلى نَقضِهِ فِيهَا لأنَّهُ لا بُدَّ مِن إمكَانِ النَّقضِ ليَصِيرَ بِتَركِهِ جَانِيًا، وَيَستَوِي أَن يُطَالبَهُ بِنَقضِهِ مُسلمٌ أَو ذِمِّيٌّ، لأنَّ النَّاسَ كُلَّهُم شُرَكَاءُ فِي المُرُورِ فَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إليهِ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُم رَجُلا كَانَ أَو امرَأَةً حُرًّا كَانَ أَو مُكَاتَبًا، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إليهِ عِندَ السُّلطَانِ وَغَيرِهِ لأنَّهُ مُطَالبَةٌ بِالتَّفرِيغِ فَيَتَفَرَّدُ كُلُّ صَاحِبِ حَقٍّ بِهِ.

قَال: (وَإن مَال إلى دَارِ رَجُلٍ فَالمُطَالبَةُ إلى مَالكِ الدَّارِ خَاصَّةً) لأنَّ الحَقَّ لهُ عَلى الخُصُوصِ، وَإن كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ لهُم أَن يُطَالبُوهُ لأنَّ لهُم المُطَالبَةَ بِإزَالةِ مَا شَغَل الدَّارَ فَكَذَا بِإزَالةِ مَا شَغَل هَوَاءَهَا، وَلو أَجَّلهُ صَاحِبُ الدَّارِ أَو أَبرَأَهُ مِنهَا أَو فَعَل ذَلكَ سَاكِنُوهَا فَذَلكَ جَائِزٌ، وَلا ضَمَانَ عَليهِ فِيمَا تَلفَ بِالحَائِطِ لأنَّ الحَقَّ لهُم، بِخِلافِ مَا إذَا مَال إلى الطَّرِيقِ فَأَجَّلهُ القَاضِي أَو مَن أَشهَدَ عَليهِ حَيثُ لا يَصِحُّ، لأنَّ الحَقَّ لجَمَاعَةِ المُسلمِينَ وَليسَ إليهِمَا إبطَالُ حَقِّهِم.

وَلو بَاعَ الدَّارَ بَعدَمَا أَشهَدَ عَليهِ وَقَبَضَهَا المُشتَرِي بَرِئَ مِن ضَمَانِهِ لأنَّ الجِنَايَةَ بِتَركِ الهَدمِ مَعَ تَمَكُّنِهِ وَقَد زَال تَمَكُّنُهُ بِالبَيعِ، بِخِلافِ إشرَاعِ الجنَاحِ لأنَّهُ كَانَ جَانِيًا بِالوَضعِ وَلم يَنفَسِخ بِالبَيعِ فَلا يَبرَأُ عَلى مَا ذَكَرنَا، وَلا ضَمَانَ عَلى المُشتَرِي لأنَّهُ لم يُشهِد عَليهِ، وَلو أَشهَدَ عَليهِ بَعدَ شِرَائِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لتَركِهِ التَّفرِيغَ مَعَ تَمَكُّنِهِ بَعدَمَا طُولبَ بِهِ، وَالأَصلُ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلى كُلِّ مَن يَتَمَكَّنُ مِن نَقضِ الحَائِطِ وَتَفرِيغِ الهَوَاءِ، وَمَن لا يَتَمَكَّنُ مِنهُ لا يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إليهِ كَالمُرتَهِنِ وَالمُستَأجِرِ وَالمُودَعِ وَسَاكِنِ الدَّارِ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلى الرَّاهِنِ لقُدرَتِهِ عَلى ذَلكَ بِوَاسِطَةِ الفِكَاكِ وَإلى الوَصِيِّ وَإلى أَبِي اليَتِيمِ أَو أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لقِيَامِ الوِلايَةِ، وَذَكَرَ الأُمَّ فِي الزِّيَادَاتِ وَالضَّمَانُ فِي مَال اليَتِيمِ لأنَّ فِعل هَؤُلاءِ كَفِعله، وَإلى المُكَاتَبِ لأنَّ الوِلايَةَ لهُ، وَإلى العَبدِ التَّاجِرِ سَوَاءٌ كَانَ عَليهِ دَينٌ أَو لم يَكُن لأنَّ وِلايَةَ النَّقضِ لهُ، ثُمَّ التَّلفُ بِالسُّقُوطِ إن كَانَ مَا لا فَهُوَ فِي عِتقِ العَبدِ، وَإن كَانَ نَفسًا فَهُوَ عَلى عَاقِلةِ المَولى لأنَّ الإشهَادَ مِن وَجهٍ عَلى المَولى

وَضَمَانُ المَال أَليَقُ بالعَبدِ وَضَمَانُ النَّفسِ بالمَولى، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ وَإن كَانَ لا يَتَمَكَّنُ مِن نَقضِ الحَائِطِ وَحدَهُ لتَمَكُّنِهِ مِن إصلاحِ نَصِيبِهِ بطَرِيقِهِ وَهُوَ المُرَافَعَةُ إلى القَاضِي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ فعْل هَؤُلاءِ كَفعْله) أَيْ فِعْلُ الوَصِيِّ وَالأَبِ وَالأُمِّ كَفعْل الصَّبِيِّ، وَالتَّقَدُّمُ إِلَيْهِمْ كَالتَّقَدُّمِ عَلى الصَّبِيِّ بَعْدَ بُلُوغه.

فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لَمَا هَدَرَ القَتِيلُ بِسُقُوط الحَائط إِذَا بَلغَ الصَّبِيُّ بَعْدَ التَّقَدُّمِ إلى الأَبِ وَالوَصِيِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ التَّقَدُّمَ إِلَيْهِمَا جُعِل كَالتَّقَدُّمِ إلى الصَّغِيرَةِ مَا دَامَتْ وِلايَتُهُمَا بَاقِيَةً وَقَدْ زَالتْ بِالبُلُوغِ فَصَارَ كَأَنَّ التَّقَدُّمَ لمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ، ثُمَّ إِنَّهُمَا فِي تَرْكِ الهَدْمِ يَعْمَلانِ للصَّبِيِّ وَيَنْظُرَانِ لهُ فَكَانَ الضَّمَانُ فِي مَاله. فَإِنْ قِيل: الوَصِيُّ إِذَا تَرَكَ النَّقْضَ بَعْدَ التَّقَدُّمِ إِليْه أَلحَقَ ضَرَرًا بِمَال اليَتِيمِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَليْه.

أُجِيبَ بِأَنَّ فِي تَرْكِ النَّقْضِ دَفْعَ مَضَرَّةٍ مُتَحَقِّقَةٍ وَهِيَ مَضَرَّةُ مُؤْنَةِ النَّقْضِ وَبِنَائه ثَانِيًا، وَفِي نَقْضِه دَفْعَ مَضَرَّةٍ مَوْهُومَةٍ لجَوَازِ أَنْ لا يَسْقُطَ وَإِنْ سَقَطَ لا يَهْلكُ بِه شَيْءٌ فَكَانَ تَرْكُهُ أَنْظَرَ للصَّبِيِّ فَلا يَلزَمُ الوَصِيَّ ضَمَانٌ. وَقَوْلُهُ (فِي عِتْقِ العَبْد) يَعْنِي يُبَاعُ فِيه كَمَا يُبَاعُ فِي دُيُونِ تِجَارَتِه، وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ عَلى المَوْلى كَضَمَانِ النَّفسِ، وَلكِنَّا اسْتَحْسَنَّا الفَرْقَ بَيْنَهُمَا فَقُلنَا: **العَبْدُ فِي ضَمَانِ التِزَامِ المَال** كَالحُرِّ فَإِنَّهُ يَنْفَكُّ الحَجْرُ عَنْهُ فِي اكْتِسَابِ سَبَبِ ذَلكَ، وَفِي التِزَامِ ضَمَانِ الجِنَايَةِ عَلى النَّفْسِ كَالمَحْجُورِ عَليْه لأَنَّ فَكَّ الحَجْرِ بِالإِذْنِ لمْ يَتَنَاوَل ذَلكَ فَكَانَ الضَّمَانُ عَلى عَاقلةِ المَوْلى.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الإِشْهَادَ عَلى المَوْلى مِنْ وَجْه) أَمَّا إِذَا لمْ يَكُنْ عَلى العَبْد دَيْنٌ فَظَاهِرٌ لأَنَّ الملكَ فِي الدَّارِ للمَوْلى رَقَبَةً وَتَصَرُّفًا وَالعَبْدُ خَصْمٌ مِنْ جِهَتِه، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ **ادَّعَى إِنْسَانٌ حَقًّا فِي دَارٍ بِيَدِ مَأْذُونٍ لهُ** يَنْتَصِبُ خَصْمًا فَكَانَ الإِشْهَادُ عَليْه إِشْهَادًا عَلى المَوْلى مِنْ وَجْه. وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَليْه دَيْنٌ فَعِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ للمَوْلى أَنْ يَسْتَخْلصَهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَكَانَ هَذَا تَقَدُّمًا إلى المَوْلى مِنْ وَجْه وَتَقَدُّمًا إلى العَبْد مِنْ وَجْه، فَاعْتُبِرَ فِي ضَمَانِ الأَنْفُسِ تَقَدُّمًا إلى المَوْلى لمَا ذَكَرْنَا أَنَّ فَكَّ الحَجْرِ بِالإِذْنِ لمْ يَتَنَاوَل ذَلكَ، وَفِي ضَمَانِ الأَمْوَال تَقَدُّمًا إلى العَبْدِ لأَنَّهُ كَالحُرِّ فِيه كَمَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إلى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيبِه) يَعْنِي لوْ هَلكَ أَحَدٌ بِسُقُوطِه بَعْدَ ذَلكَ ضَمِنَ ذَلكَ الوَاحِدُ بِقَدْرِ نَصِيبِه فِيه، وَهَذَا جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ، وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَ فِي الكِتَاب. وَأَمَّا جَوَابُ القِيَاسِ فَهُوَ أَنْ لا يَضْمَنَ أَحَدٌ مِنْهُمْ شَيْئًا، أَمَّا الَّذِي تَقَدَّمَ إلَيْه فَلعَدَمِ تَمَكُّنِه مِنْ النَّقْضِ فَلمْ يَكُنْ التَّقَدُّمُ إليْه مُفِيدًا، وَأَمَّا غَيْرُهُ مِنْ الوَرَثَة فَلعَدَمِ التَّقَدُّمِ إليْهِمْ فَلمْ يُوجَدْ التَّعَدِّي مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي تَرْكِ التَّفْرِيغ.

وَالجَوَابُ أَنَّ الإِشْهَادَ عَلى جَمَاعَتِهِمْ يَتَعَذَّرُ عَادَةً، فَلوْ لَمْ يَصِحَّ الإِشْهَادُ عَلى بَعْضِهِمْ فِي نَصِيبِه أَدَّى إلى الضَّرَرِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

(وَلو سَقَطَ الحَائِطُ المَائِل عَلى إنسَانٍ بَعدَ الإِشهَادِ فَقَتَلهُ فَتَعَثَّرَ بِالقَتِيل غَيرُهُ فَعَطِبَ لا يَضمَنُهُ) لأَنَّ التَّفرِيغَ عَنهُ إلى الأَولياءِ لا إليهِ (وَإن عَطِبَ بِالنَّقضِ ضَمِنَهُ) لأَنَّ التَّفرِيغَ إليهِ إذ النَّقضُ مِلكُهُ وَالإِشهَادُ عَلى الحَائِطِ إشهَادٌ عَلى النَّقضِ لأَنَّ المَقصُودَ امتِنَاعُ الشُّغل (وَلو عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَت عَلى الحَائِطِ فَسَقَطَت بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلكُهُ ضَمِنَهُ) لأَنَّ التَّفرِيغَ إليهِ (وَإن كَانَ مِلكَ غَيرِهِ لا يَضمَنُهُ) لأَنَّ التَّفرِيغَ إلى مَالكِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَطِبَ لا يَضْمَنُهُ) أَيْ لا يَضْمَنُ صَاحِبُ الحَائِط القَتِيل الثَّانِيَ (لأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ) أَيْ القَتِيل الأَوَّل بِرَفْعِه مُفَوَّضٌ إلى أَوْلِيَائِه لأَنَّهُمْ الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ دَفْنَهُ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَا إذَا وَقَعَ الجَنَاحُ فِي الطَّرِيقِ فَتَعَثَّرَ إنْسَانٌ بِنَقْضِه وَمَاتَ ثُمَّ تَعَثَّرَ رَجُلٌ بِالقَتِيل وَمَاتَ فَإِنَّ دِيَةَ القَتِيليْنِ جَمِيعًا عَلى صَاحِبِ الجَنَاحِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ إشْرَاعَ الجَنَاحِ فِي نَفْسِه جِنَايَةٌ وَهُوَ فِعْلُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَلقَاهُ بِيَدِه عَليْه فَكَانَ حُصُولُ القَتِيل فِي الطَّرِيقِ مُضَافًا إلى فِعْله كَحُصُول نَقْضِ الجَنَاحِ فِي الطَّرِيقِ وَمَنْ أَلقَى شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ كَانَ ضَامِنًا لمَا عَطِبَ بِه وَإِنْ لَمْ يَمْلكْ تَفْرِيغَ الطَّرِيقِ عَنْهُ بِخِلاف مَسْأَلة الحَائِط فَإِنَّ نَفْسَ البِنَاءِ ليْسَ بِجِنَايَةٍ وَبَعْدَ ذَلكَ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِه جَانِيًا لكِنْ جُعِل كَالفَاعِل بِتَرْكِ النَّقْضِ فِي الطَّرِيقِ مَعَ القُدْرَة عَلى التَّفْرِيغِ، وَالتَّرْكُ مَعَ القُدْرَة وُجِدَ فِي حَقِّ النَّقْضِ لا فِي حَقِّ القَتِيل فَلذَلكَ جُعِل فَاعِلا فِي حَقِّ القَتِيل الأَوَّل لا فِي حَقِّ القَتِيل الثَّانِي وَبِهَذَا يُعْلمُ **حُكْمُ مَا عَطِبَ بِالنَّقْضِ** وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب وَاضِحًا.

وَقَوْلُهُ (فَسَقَطَتْ) يَعْنِي الجَرَّةُ بِسُقُوطِ الحَائِط، يُشِيرُ إلى أَنَّهُ لوْ وَقَعَتْ الجَرَّةُ

وَحْدَهَا فَأَصَابَتْ إِنْسَانًا فَلا ضَمَانَ عَلَيْه لأَنَّهُ وَضَعَهَا عَلى ملكه وَهُوَ لا يَكُونُ مُتَعَدِّيًا فِيمَا يُحْدِثُهُ فِي ملكه سَوَاءٌ كَانَ الحَائطُ مَائلا أَوْ غَيْرَ مَائلٍ، كَذَا فِي المَبْسُوط.

قال: (وَإِن كَانَ الحَائِطُ بَيْنَ خَمسَةِ رِجَالٍ أَشهَدَ عَلى أَحَدِهِم فَقَتَل إنسَانًا ضَمِنَ خُمُسَ الدِّيَةِ وَيَكُونُ ذَلكَ عَلى عَاقِلتِهِ، وَإِن كَانَت دَارٌ بَينَ ثَلاثَةِ نَفَرٍ فَحَفَرَ أَحَدُهُم فِيهَا بئرًا وَالحفرُ كَانَ بِغَيرِ رِضَا الشَّرِيكَينِ الآخَرِينَ أَو بَنَى حَائِطًا فَعَطِبَ بِهِ إِنسَانٌ فَعَلَيهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ عَلى عَاقِلتِهِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: عَلَيهِ نِصفُ الدِّيَةِ عَلى عَاقِلتِهِ فِي الفَصلينِ) لهُمَا أَنَّ التَّلفَ بِنَصِيبِ مَن أَشهَدَ عَلَيهِ مُعتَبَرٌ، وَبِنَصِيبِ مَن لم يُشهد عَليهِ هَدَرٌ، فَكَانَا قِسمَينِ فَانقَسَمَ نِصفَينِ كَمَا مَرَّ فِي عَقرِ الأَسَدِ وَنَهشِ الحَيَّةِ وَجَرحِ الرَّجُل. وَلهُ أَنَّ المَوتَ حَصَل بِعِلَّةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ وَالعُمقُ المُقَدَّرُ، لأَنَّ أَصل ذَلكَ ليسَ بِعِلَّةٍ وَهُوَ القَليلُ حَتَّى يُعتَبَرُ كُلُّ جُزءٍ عِلَّةً فَتَجتَمِعُ العِللُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يُضَافُ إِلى العِلَّةِ الوَاحِدَةِ ثُمَّ تُقسَمُ عَلى أَربَابِهَا بِقَدرِ المِلكِ، بِخِلافِ الجِرَاحَاتِ فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ للتَّلفِ بِنَفسِهَا صَغُرَت أَو كَبِرَت عَلى مَا عُرِفَ، إلا أَنَّ عِندَ المُزَاحِمَةِ أُضِيفَ إِلى الكُلِّ لعَدَمِ الأَولوِيَّةِ، وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَلَيْه) أَيْ فَعَلى كُلِّ وَاحد منْ حَافرِ البئْرِ وَبَاني الحَائط. وَقَوْلُهُ (وَلَهُ) أَيْ لأَبِي حَنيفَةَ ﷺ أَنَّ المَوْتَ حَصَل بعلَّة وَاحدَة وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ: يَعْني فِي الحَائط، وَالعُمْقُ المُقَدَّرُ: يَعْني فِي البئْرِ (لأَنَّ أَصْل ذَلكَ) أَيْ أَصْل الثِّقَل وَالعُمْق كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿ عَوَانٌۢ بَيۡنَ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٦٨] (وَهُوَ القَليلُ) أَيْ ذَلكَ الأَصْلُ: يَعْني أَنَّ الجُزْءَ اليَسيرَ لَيْسَ بمُهْلك (حَتَّى يُعْتَبَرَ كُلُّ جُزْءٍ علَّةً فَتَجْتَمعُ العللُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يُضَافُ إِلى العلَّة الوَاحدَة ثُمَّ تُقْسَمُ عَلى أَرْبَابهَا بقَدْرِ الملك) أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ أَشْهَدَ عَلَيْهمْ جَميعًا ثُمَّ سَقَطَ عَلى إنْسَان كَانَ عَلى كُلِّ وَاحد منْهُمْ خُمُسُ الدِّيَة فَيُتْرَكُ الإِشْهَادُ فِي حَقِّ البَاقينَ لا يَزْدَادُ الوَاجبُ عَلى مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْه، وَعَلى هَذَا تَخْرُجُ مَسْأَلةُ البئْرِ فَيُقَالُ لهُمَا اجْتَمَعَ فِي حَقِّه مَعْنَيَان.

أَحَدُهُمَا: مُوجبٌ للضَّمَان وَهُوَ التَّعَدِّي بالحَفْرِ فِي ملك غَيْره، وَالآخَرُ مَانعٌ عَنْهُ وَهُوَ عَدَمُ التَّعَدِّي منْ حَيْثُ الحَفْرُ فِي ملكه فَيُجْعَلُ المُعْتَبَرُ جنْسًا وَالمُهْدَرُ جنْسًا فَيَلزَمُهُ

نِصْفُ الضَّمَانِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ صِفَةَ التَّعَدِّي تَحَقَّقَتْ فِي الثُّلُثَيْنِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ الثُّلُثَيْنِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الجِرَاحَاتِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الأَسَدِ وَنَهْشِ الحَيَّةِ وَجَرْحِ الرَّجُلِ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّ عِنْدَ المُزَاحَمَةِ أُضِيفَ إلى الكُلِّ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ) يُضَافُ إلَيْهِ وَإِذَا أُضِيفَ إلى الكُلِّ وَبَعْضُهَا مُعْتَبَرٌ فِي إِضَافَةِ الضَّمَانِ إلَيْهِ وَبَعْضُهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَجُعِلَ غَيْرُ المُعْتَبَرِ شَيْئًا وَاحِدًا وَإِنْ تَعَدَّدَ فَلِذَلِكَ صَارَ الضَّمَانُ نِصْفَيْنِ فَاعْتُبِرَ أَحَدُهُمَا وَأُهْدِرَ الآخِرُ، وَاللَّهُ تَعَالى أَعْلَمُ.

بَابُ جِنَايَةِ البَهِيمَةِ وَالجِنَايَةِ عَلَيهَا

قَالَ (الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوطَأَت الدَّابَّةُ مَا أَصَابَت بِيَدِهَا أَو رِجلِهَا أَو رَأسِهَا أَو كَدَمَت أَو خَبَطَت، وَكَذَا إِذَا صَدَمَت وَلا يَضمَنُ مَا نَفَحَت بِرِجلِهَا أَو ذَنَبِهَا) وَالأَصلُ أَنَّ المُرُورَ فِي طَرِيقِ المُسلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرطِ السَّلامَةِ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِن وَجهٍ وَفِي حَقِّ غَيرِهِ مِن وَجهٍ لِكَونِهِ مُشتَرَكًا بَينَ كُلِّ النَّاسِ فَقُلنَا بِالإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَرنَا لِيَعتَدِلَ النَّظَرُ مِن الجَانِبَينِ، ثُمَّ إِنَّمَا يَتَقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلامَةِ فِيمَا يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ وَلا يَتَقَيَّدُ بِهَا فِيمَا لا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ لِمَا فِيهِ مِن المَنعِ عَن التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ وَهُوَ مَفتُوحٌ، وَالاحتِرَازُ عَن الإِيطَاءِ وَمَا يُضَاهِيهِ مُمكِنٌ، فَإِنَّهُ لَيسَ مِن ضَرُورَاتِ التَّسيِيرِ فَقَيَّدنَاهُ بِشَرطِ السَّلامَةِ عَنهُ، وَالنَّفحَةُ بِالرِّجلِ وَالذَّنَبِ لَيسَ يُمكِنُهُ الاحتِرَازُ عَنهُ مَعَ السَّيرِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَم يَتَقَيَّد بِهِ (فَإِن أَوقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ ضَمِنَ النَّفحَةَ أَيضًا) لأَنَّهُ يُمكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَن الإِيقَافِ وَإِن لَم يُمكِنهُ عَن النَّفحَةِ فَصَارَ مُتَعَدِّيًا فِي الإِيقَافِ وَشَغلِ الطَّرِيقِ بِهِ فَيَضمَنُهُ. قَالَ (وَإِن أَصَابَت بِيَدِهَا أَو بِرِجلِهَا حَصَاةً أَو نَوَاةً أَو أَثَارَت غُبَارًا أَو حَجَرًا صَغِيرًا فَفَقَأَ عَينَ إِنسَانٍ أَو أَفسَدَ ثَوبَهُ لَم يَضمَن، وَإِن كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا ضَمِنَ) لأَنَّهُ فِي الوَجهِ الأَوَّلِ لا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ، إِذ سَيرُ الدَّوَابِّ لا يَعرَى عَنهُ، وَفِي الثَّانِي مُمكِنٌ لأَنَّهُ يَنفَكُّ عَن السَّيرِ عَادَةً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِتَعنِيفِ الرَّاكِبِ، وَالمُرتَدِفُ فِيمَا ذَكَرنَا كَالرَّاكِبِ لأَنَّ المَعنَى لا يَختَلِفُ.

قَالَ (فَإِن رَاثَت أَو بَالَت فِي الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنسَانٌ لَم يَضمَن) لأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ السَّيرِ فَلا يُمكِنُهُ الاحتِرَازُ عَنهُ (وَكَذَا إِذَا أَوقَفَهَا لِذَلِكَ) لأَنَّ مِن الدَّوَابِّ مَا

لا يفعلُ ذَلكَ إلا بالإيقَافِ، وإن أوقفَهَا لغَيرِ ذَلكَ فَعَطِبَ إنسَانٌ بِروثِهَا أَو بَولِهَا ضَمِنَ لأنَّهُ مُتعَدٍّ فِي هَذَا الإيقَافِ لأنَّهُ ليسَ مِن ضَرُوراتِ السَّيرِ، ثُمَّ هُوَ أكثَرُ ضَرَرًا بِالمَارَّةِ مِن السَّيرِ لمَا أنَّهُ أدومُ منهُ فَلا يَلحقُ بِهِ (والسَّائِقُ ضَامِنٌ لمَا أصَابَت بِيَدِهَا أَو رِجلِهَا وَالقَائِدُ ضَامِنٌ لمَا أصَابَت بِيَدِهَا دُونَ رِجلِهَا) وَالمُرادُ النَّفحَةُ. قَال ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُختَصَرِهِ، وَإليهِ مَال بَعضُ المَشَايِخِ. ووَجهُهُ أنَّ النَّفحَةَ بِمَرأى عَينِ السَّائِقِ فَيُمكِنُهُ الاحتِرَازُ عَنهُ وَغَائِبٌ عَن بَصَرِ القَائِدِ فَلا يُمكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنهُ. وَقَال أكثَرُ المَشَايِخِ: إنَّ السَّائِقَ لا يَضمَنُ النَّفحَةَ أيضًا وَإن كَانَ يَرَاهَا، إذ ليسَ عَلى رِجلِهَا مَا يَمنَعُهَا بِهِ فَلا يُمكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنهُ، بِخِلافِ الكَدمِ لإمكَانِهِ كَبحَهَا بِلجَامِهَا. وَبِهَذَا يَنطِقُ أكثَرُ النُّسَخِ وَهُوَ الأصَحُّ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَضمَنُونَ النَّفحَةَ كُلُّهُم لأنَّ فِعلهَا مُضَافٌ إليهِم، وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَقَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الرِّجلُ جُبَارٌ» وَمَعنَاهُ النَّفحَةُ بِالرِّجل، وَانتِقَالُ الفِعل بِتَخوِيفِ القَتل كَمَا فِي المُكرَهِ وَهَذَا تَخوِيفٌ بِالضَّربِ. قَال (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَكُلُّ شَيءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالقَائِدُ) لأنَّهُمَا مُسَبِّبَانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرطَ التَّلفِ وَهُوَ تَقرِيبُ الدَّابَّةِ إلى مَكَانِ الجِنَايَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلامَةِ فِيمَا يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ كَالرَّاكِبِ (إلا أنَّ عَلى الرَّاكِبِ الكَفَّارَةَ) فِيمَا أوطَأتهُ الدَّابَّةُ بِيَدِهَا أَو بِرِجلِهَا (وَلا كَفَّارَةَ عَليهِمَا) وَلا عَلى الرَّاكِبِ فِيمَا وَرَاءَ الإيطَاءِ، لأنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لأنَّ التَّلفَ بِثِقَلِهِ وَثِقَل الدَّابَّةِ تَبَعٌ لهُ، لأنَّ سَيرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إليهِ وَهِيَ آلةٌ لهُ وَهُمَا مُسَبِّبَانِ لأنَّهُ لا يَتَّصِلُ مِنهُمَا إلى المَحَلِّ شَيءٌ، وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيرِ الإيطَاءِ، وَالكَفَّارَةُ حُكمُ المُبَاشَرَةِ لا حُكمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالإيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرمَانُ المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالقَائِدِ لأنَّهُ يَختَصُّ بِالمُبَاشَرَةِ (وَلو كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ قِيل: لا يَضمَنُ السَّائِقُ مَا أوطَأَت الدَّابَّةُ) لأنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لمَا ذَكَرنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ، وَالإضَافَةُ إلى المُبَاشِرِ أولى. وَقِيل: الضَّمَانُ عَليهِمَا لأنَّ كُلَّ ذَلكَ سَبَبُ الضَّمَانِ.

الشرح:

(بَابُ جِنَايَةِ البَهِيمَةِ): ذَكَرَ جِنَايَةَ البَهِيمَةِ وَالجِنَايَةَ عَلَيْهَا عَقِيبَ جِنَايَةِ الإِنْسَانِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ فِي بَابٍ عَلَى حِدَةٍ مِمَّا لا يَحْتَاجُ إلى بَيَانٍ. وَقَوْلُهُ (لَمَّا أَوْطَأَتْ الدَّابَّةُ)

الصَّحِيحُ: لَمَّا وَطِئَتْ الدَّابَّةُ.

وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَفْعُولا الإِيطَاءِ مَحْذُوفَيْنِ، وَتَقْدِيرُهُ: أَوْطَأَتْ الدَّابَّةُ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا إِنْسَانًا فَيَكُونُ مِنْ بَابِ فُلانٌ يُعْطِي. وَقَوْلُهُ (مَا أَصَابَتْ) بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ لَمَّا أَوْطَأَتْ الدَّابَّةُ، وَالكَدْمُ: العَضُّ بِمُقْدِمِ الأَسْنَانِ. وَالخَبْطُ: الضَّرْبُ بِاليَدِ. وَالصَّدْمُ: هُوَ أَنْ تَضْرِبَ الشَّيْءَ بِجَسَدِكَ، وَمِنْهُ اصْطَدَمَ الفَارِسَانِ إِذَا ضَرَبَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ بِنَفْسِهِ وَيُقَالُ نَفَحَتْ الدَّابَّةُ الشَّيْءَ إِذَا ضَرَبَتْهُ بِحَدِّ حَافِرِهَا.

وَاعْلَمْ أَنَّ **جِنَايَةَ الدَّابَّةِ لا تَخْلُو مِنْ أَوْجُهٍ ثَلاثَةٍ:** لأَنَّهَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا، أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، أَوْ فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ، فَإِنْ كَانَتْ فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا مِلْكًا كَامِلا أَوْ مُشْتَرَكًا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاضِلا؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهَا مَعَهَا أَوْ لا يَكُونُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا وَاقِفَةً كَانَتْ الدَّابَّةُ أَوْ سَائِرَةً وَطِئَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا أَوْ نَفَحَتْ أَوْ كَدَمَتْ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سَائِقًا لَهَا أَوْ قَائِدًا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ رَاكِبًا عَلَيْهَا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا أَتْلَفَتْ نَفْسًا أَوْ مَالا، لأَنَّ صَاحِبَهَا فِي هَذِهِ الوُجُوهِ مُتَسَبِّبٌ لاتِّصَالِ أَثَرِ فِعْلِهِ بِالمُتْلَفِ بِوَاسِطَةِ فِعْلِ مُخْتَارٍ وَهُوَ الدَّابَّةُ، وَالمُتَسَبِّبُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَلا تَعَدِّيَ فِي إِيقَافِ الدَّابَّةِ أَوْ تَسْيِيرِهَا فِي مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ يَسِيرُ فَإِنْ **وَطِئَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا** ضَمِنَ.

وَإِنْ **كَدَمَتْ أَوْ نَفَحَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا أَوْ ضَرَبَتْ بِذَنَبِهَا** فَلا ضَمَانَ لأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ صَاحِبُ الدَّابَّةِ مُبَاشِرٌ لِلإِتْلافِ لأَنَّ ثِقَلَهُ وَثِقَلَ الدَّابَّةِ اتَّصَلا بِالمُتْلَفِ فَكَأَنَّهُمَا وَطِئَا جَمِيعًا، المُبَاشِرُ ضَامِنٌ مُتَعَدِّيًا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَفِي الثَّانِي مُتَسَبِّبٌ غَيْرَ مُتَعَدٍّ وَإِنْ كَانَتْ الجِنَايَةُ فِي مِلْكِ غَيْرِ صَاحِبِهَا، فَإِمَّا أَنْ أَدْخَلَهَا صَاحِبُهَا فِيهِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَسَبِّبٍ وَلا مُبَاشِرٍ.

وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ عَلَى كُلِّ حَالٍ سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا سَائِقُهَا أَوْ قَائِدُهَا أَوْ لا وَاقِفَةً أَوْ سَائِرَةً، لأَنَّ صَاحِبَهَا إِمَّا مُبَاشِرٌ أَوْ مُتَسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ، إِذْ لَيْسَ لَهُ إِيقَافُ الدَّابَّةِ وَتَسْيِيرُهَا فِي مِلْكِ الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ وَقَدْ أَوْقَفَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لأَنَّهُ بِالإِيقَافِ مُتَسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ، إِذْ لَيْسَ لَهُ شَغْلُ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ بِإِيقَافِ الدَّابَّةِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ سَائِرَةً، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهَا مَعَهَا أَوْ لَمْ

يَكُنْ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَمَّا إنْ سَارَتْ بِإِرْسَالِه أَوْ انْفَلَتَتْ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ ضَمِنَ مَا أَتْلَفَتْ مَا لَمْ تَتَحَوَّل عَنْ جِهَةِ الإِرْسَال يَمْنَةً أَوْ يَسْرَةً لأَنَّ إِرْسَالَهَا بِلا حَافِظٍ سَبَبٌ لِلإِتْلافِ وَهُوَ فِيهِ مُتَعَدٍّ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهَا مَعَهَا ضَمِنَ مَا أَتْلَفَتْ رَاكِبًا كَانَ أَوْ سَائِقًا أَوْ قَائِدًا إلا النَّفْحَةَ بِالرِّجْلِ أَوْ الذَّنَبِ لأَنَّهُ مُبَاشِرٌ أَوْ مُتَسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ. وَالغَرَضُ مِنْ هَذَا الإِسْهَابِ بَيَانُ قَوْلِ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ: **الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتْ الدَّابَّةُ**، إلى قَوْلِه: وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الرَّاكِبُ فِي مِلْكِه، لأَنَّ هَذَا الجَوَابَ إنْ اسْتَقَامَ فِي قَوْلِه مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا لا يَسْتَقِيمُ فِي قَوْلِه أَوْ كَدَمَتْ أَوْ خَبَطَتْ أَوْ صَدَمَتْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مِلْكِه عَلَى مَا مَرَّ آنِفًا، وَذَكَرَ الأَصْلَ الَّذِي يَنْبَنِي عَلَيْهِ هَذِه الفُرُوعُ فَقَال (وَالأَصْلُ أَنَّ المُرُورَ فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلامَةِ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حَقِّ غَيْرِه مِنْ وَجْهٍ لِكَوْنِه مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ).

أَمَّا أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّه فَلأَنَّ الإِنْسَانَ لا بُدَّ لَهُ مِنْ طَرِيقٍ يَمْشِي فِيهِ لِتَرْتِيبِ مُهِمَّاتِه، فَالحَجْرُ عَنْ ذَلِكَ حَرَجٌ وَهُوَ مَدْفُوعٌ. وَأَمَّا أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّ غَيْرِه فَلأَنَّ غَيْرَهُ فِيهِ كَهُوَ فِي الاحْتِيَاجِ، فَبِالنَّظَرِ إلى حَقِّه يَسْتَدْعِي الإِبَاحَةَ مُطْلَقًا، وَبِالنَّظَرِ إلى حَقِّ غَيْرِه يَسْتَدْعِي الحَجْرَ مُطْلَقًا، فَقُلْنَا بِإِبَاحَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِشَرْطِ السَّلامَةِ عَمَلا بِالوَجْهَيْنِ وَبَقِيَّةُ كَلامِه وَاضِحَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي فِي مُوجَبِ الجِنَايَةِ (كَالرَّاكِبِ لأَنَّ المَعْنَى) أَيْ المَعْنَى المُوجِبَ وَهُوَ المُبَاشَرَةُ وَالتَّصَرُّفُ فِي الدَّابَّةِ بِالتَّسْيِيرِ عَلَى مَا أَرَادَ (لا يَخْتَلِفُ) لأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَتَحْتَ تَصَرُّفِهِمْ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ) يَعْنِي الإِيقَافَ (أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالمَارَّةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: سَلَّمْنَا أَنَّ الإِيقَافَ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ لَكِنَّهُ مِثْلُهُ فِي كَوْنِه تَصَرُّفًا فِي الدَّابَّةِ فَلْيَلْتَحِقْ بِه، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ أَضَرُّ مِنْهُ (لِمَا أَنَّهُ) أَيْ الإِيقَافَ (أَدْوَمُ مِنْ السَّيْرِ فَلا يَلْحَقُ بِه)

وَقَوْلُهُ (**وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ**) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الرَّاكِبِ بَيَّنَ أَحْكَامَ السَّائِقِ وَالقَائِدِ، وَقَوْلُهُ (وَالمُرَادُ النَّفْحَةُ) أَيْ مِنْ قَوْلِه لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، وَإِنَّمَا فَسَّرَ

بِذَلِكَ لِئَلا يُتَوَهَّمَ أَنَّ المُرَادَ بِهِ الوَطْءُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلى السَّائِقِ وَالقَائِدِ بِلا خِلافٍ لأَحَدٍ فِيه.

وَقَوْلُهُ (وَإِلَيهِ مَال بَعْضُ المَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ) يَعْنِي العِرَاقِيِّينَ. وَقَوْلُهُ (فَيُمْكِنُهُ الاحْتِرَازُ عَنْهُ) يَعْنِي بِإِبْعَادِ الدَّابَّةِ عَنْ المُتْلفِ أَوْ بِإِبْعَادِهِ عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (وَقَال أَكْثَرُ المَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ) يُرِيدُ مَشَايخَ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ، وَقَوْلُهُ (مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ فَلا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ. وَقَوْلُهُ (وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**الرِّجْلُ جُبَارٌ** ») مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ. وَمَعْنَى جُبَارٌ: هَدَرٌ وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ لأَنَّ الوَطْءَ مَضْمُونٌ بِالإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ (وَانْتِقَالُ الفِعْلِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ: يَعْنِي أَنَّ ذَلِكَ يَكُونُ بِالقِيَاسِ عَلى الإِكْرَاهِ، وَلا يَكَادُ يَصِحُّ لأَنَّ هُنَاكَ الانْتِقَال بِتَخْوِيفِ القَتْلِ وَهُنَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ فَلا يَلحَقُ بِهِ، قِيل وَفِيهِ ضَعْفٌ لأَنَّهُ لَمْ يَقُل بِذَلِكَ قِيَاسًا عَلى الإِكْرَاهِ، وَإِنَّمَا قَال بِنَاءً عَلى أَصْلٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلى رَاكِبِهَا وَلا كَلامَ فِيهِ وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي النَّفْحَةِ وَمَعَ ذَلِكَ لا يَخْلُو عَنْ ضَعْفٍ. وَالجَوَابُ القَوِيُّ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**الرِّجْلُ جُبَارٌ** » وَأَتَى بِرِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَالِهَا عَلى الضَّابِطِ الكُلِّيِّ وَبَيَانِ الكَفَّارَةِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ لأَنَّ التَّلفَ بِثِقَلِهِ.

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ لأَنَّهُ لا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلى المَحَلِّ شَيْءٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ) يَعْنِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ عَامِلٌ فِي الإِتْلافِ فَإِنَّ السَّوْقَ لوْ انْفَرَدَ عَنْ الرُّكُوبِ أَوْجَبَ ضَمَانَ مَا أَتْلفَتْ بِالوَطْءِ، وَكَذَلِكَ الرُّكُوبُ فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُضَافَ عَمَلُ السَّوْقِ فِي الإِتْلافِ إِلى الرُّكُوبِ، بَل كَانَ التَّلفُ مُضَافًا إِلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، وَالمُسَبِّبُ إِنَّمَا لا يَضْمَنُ مَعَ المُبَاشِرِ إِذَا كَانَ سَبَبًا لا يَعْمَلُ فِي التَّلفِ عِنْدَ انْفِرَادِهِ، كَالحَفْرِ فَإِنَّهُ لا يُوجِبُ التَّلفَ مُنْفَرِدًا عَنْ الدَّفْعِ الَّذِي هُوَ مُبَاشَرَةٌ، وَتَذَكَّرْ تَخْصِيصَ العِلَلِ وَمُخَلِّصَهُ فَإِنَّهُ مِنْ مَظَانِّهِ.

قَال (وَإِذَا اصطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا فَعَلى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا دِيَةُ الآخَرِ) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصفُ دِيَةِ الآخَرِ لِمَا رُوِيَ ذَلِكَ عَن عَلِيٍّ ﷺ، **وَلأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَاتَ بِفِعلِهِ وَفِعلِ صَاحِبِهِ، لأَنَّهُ بِصَدمَتِهِ آلَمَ نَفسَهُ**

وَصَاحِبَهُ فَيُهدَرُ نِصفُهُ وَيُعتَبَرُ نِصفُهُ، كَمَا إذَا كَانَ الاصطِدَامُ عَمدًا، أو جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نَفسَهُ وَصَاحِبَهُ جِرَاحَةً أو حَفَرَا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ بِئرًا فَانهَارَ عَلَيهِمَا يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا النِّصفُ فَكَذَا هَذَا. وَلَنَا أَنَّ المَوتَ يُضَافُ إلى فِعلِ صَاحِبِهِ لأَنَّ فِعلَهُ فِي نَفسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ المَشيُ فِي الطَّرِيقِ فَلا يَصلُحُ مُستَنَدًا للإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، كَالمَاشِي إذَا لم يَعلم بِالبِئرِ وَوَقَعَ فِيهَا لا يُهدَرُ شَيءٌ مِن دَمِهِ، وَفِعلُ صَاحِبِهِ وَإِن كَانَ مُبَاحًا، لكِنَّ الفِعل المُبَاحَ فِي غَيرِهِ سَبَبٌ للضَّمَانِ كَالنَّائِمِ إذَا انقَلَبَ عَلَى غَيرِهِ. وَرُوِيَ عَن عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ أَوجَبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَت رِوَايَتَاهُ فَرَجَّحنَا بِمَا ذَكَرنَا، وَفِيمَا ذُكِرَ مِن المَسَائِلِ الفِعلانِ مَحظُورَانِ فَوَضَحَ الفَرقُ.

هَذَا الَّذِي ذَكَرنَا إذَا كَانَا حُرَّينِ فِي العَمدِ وَالخَطَإِ، وَلو كَانَا عَبدَينِ يُهدَرُ الدَّمُ فِي الخَطَإِ لأَنَّ الجِنَايَةَ تَعَلَّقَت بِرَقَبَتِهِ دَفعًا وَفِدَاءً، وَقَد فَاتَت لا إلى خُلفٍ مِن غَيرِ فِعلِ المَولى فَهُدِرَ ضَرُورَةً، وَكَذَا فِي العَمدِ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا هَلَكَ بَعدَمَا جَنَى وَلم يَخلُف بَدَلا، وَلو كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالآخَرُ عَبدًا فَفِي الخَطَإِ تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ المَقتُول قِيمَةُ العَبدِ فَيَأخُذُهَا وَرَثَةُ المَقتُول الحُرِّ، وَيَبطُلُ حَقُّ الحُرِّ المَقتُول فِي الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى القِيمَةِ؛ لأَنَّ أَصل أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَجِبُ القِيمَةُ عَلَى العَاقِلَةِ لأَنَّهُ ضَمَانُ الآدَمِيِّ فَقَد أَخلَفَ بَدَلا بِهَذَا القَدرِ فَيَأخُذُهُ وَرَثَةُ الحُرِّ المَقتُول وَيَبطُلُ مَا زَادَ عَلَيهِ لعَدَمِ الخُلفِ، وَفِي العَمدِ يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ نِصفُ قِيمَةِ العَبدِ لأَنَّ المَضمُونَ هُوَ النِّصفُ فِي العَمدِ، وَهَذَا القَدرُ يَأخُذُهُ وَلِيُّ المَقتُول، وَمَا عَلَى العَبدِ فِي رَقَبَتِهِ وَهُوَ نِصفُ دِيَةِ الحُرِّ يَسقُطُ بِمَوتِهِ إلا قَدرَ مَا أَخلَفَ مِن البَدَل وَهُوَ نِصفُ القِيمَةِ.

الشرح:

وَقَال (إذَا اصْطَدَمَ فَارِسَان إلخ) أَيْ ضَرَبَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ بِنَفْسِه، وَحُكْمُ المَاشِيَيْنِ حُكْمُ الفَارِسَيْنِ، لكِنْ لَمَّا كَانَ مَوْتُ المُصْطَدِمَيْنِ غَالِبًا فِي الفَارِسَيْنِ خَصَّهُمَا بِالذِّكْرِ، وَمَا ذَكَرَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَجْهُ القِيَاسِ، وَمَا قُلنَا وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ كلا الوَجْهَيْنِ فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ فَرَجَّحْنَا قَوْلَنَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ: يَعْنِي قَوْلَهُ لأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِه مُبَاحٌ وَهُوَ المَشْيُ فِي الطَّرِيقِ إلخ، وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الخَصْمَ أَيْضًا تَرَجَّحَ جَانِبُهُ بِمَا ذَكَرَهُ مِنْ المَعْنَى فَتَعَارَضَتْ جِهَتَا التَّرْجِيحِ.

وَالثَّانِي أَنَّ مَا ذُكِرَ ثَمَّ قِيَاسٌ، وَالقِيَاسُ يَصْلُحُ حُجَّةً، وَمَا صَلحَ حُجَّةً لَمْ يَصْلُحْ مُرَجِّحًا.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ مَنْقُوضٌ بِالوَاقِعِ فِي البِئْرِ بِمَشْيِهِ فَيَكُونُ فَاسِدًا، وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ القِيَاسَ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ لا يَصْلُحُ حُجَّةً. وَقَوْلُهُ (وَفِيمَا ذُكِرَ) جَوَابٌ عَنْ المَسَائِلِ المَذْكُورَةِ فِي جِهَتِهِمَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الفِعْلَ لَمَّا كَانَ مَحْظُورًا كَانَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ، وَلَكِنْ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ فَسَقَطَ إِيجَابُهُ الضَّمَانَ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَاعْتُبِرَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَلِذَلِكَ وَجَبَ عَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَالمَشْيُ مُبَاحٌ مَحْضٌ فَلَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ أَصْلًا فَكَانَ صَاحِبُهُ قَاتِلًا لَهُ مِنْ غَيْرِ مُعَارَضَةِ أَحَدٍ لَهُ فِي قَتْلِهِ، فَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا تَمَامُ دِيَةِ الآخَرِ، كَمَنْ مَشَى حَتَّى سَقَطَ فِي البِئْرِ ضَمِنَ الحَافِرُ وَإِنْ كَانَ السُّقُوطُ بِالحَفْرِ وَالمَشْيِ جَمِيعًا، لَكِنْ لَمَّا كَانَ المَشْيُ مُبَاحًا لَمْ يُعْتَبَرْ.

وَقَوْلُهُ (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي العَمْدِ وَالخَطَأِ) أَيْ **وُجُوبُ تَنْصِيفِ الدِّيَةِ فِي العَمْدِ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا**، وَفِي الخَطَأِ الدِّيَةُ الكَامِلَةُ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ، إِلا أَنَّهُ ذَكَرَ الخَطَأَ فِي وَضْعِ المَسْأَلَةِ وَالعَمْدَ فِي بَيَانِ قَوْلِ الخَصْمِ.

وَقَوْلُهُ (**فَيَأْخُذُهَا**) **أَيْ قِيمَةَ العَبْدِ وَرَثَةُ المَقْتُولِ الحُرِّ**، قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ تَسْقُطَ عَنْ العَاقِلَةِ لِأَنَّ الدِّيَةَ أَوَّلًا تَثْبُتُ لِلمَيِّتِ لا مَحَالَةَ وَالوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ وَالعَاقِلَةُ يَتَحَمَّلُونَ هَاهُنَا مُوجَبَ جِنَايَتِهِ، فَلَمَّا مَلَكَ المَيِّتُ مَا تَحْمِلُهُ العَاقِلَةُ سَقَطَ عَنْهُمْ، كَمَا قُلْنَا فِي **امْرَأَةٍ قَطَعَتْ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً فَتَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ** فَإِنَّ الدِّيَةَ تَصِيرُ مَهْرًا وَتَسْقُطُ عَنْ العَاقِلَةِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ السُّقُوطَ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّاجِعُ هُوَ الجَانِي وَهَاهُنَا الرَّاجِعُ وَارِثُهُ فَبِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ المُسْتَحِقَّ أَوَّلًا هُوَ الجَانِي يَسْقُطُ وَبِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ الرَّاجِعَ غَيْرُهُ لا يَسْقُطُ فَلا يَسْقُطُ بِالشَّكِّ، وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

قَالَ (وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ، وَكَذَا عَلَى هَذَا سَائِرُ أَدَوَاتِهِ كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ، وَكَذَا مَا يَحْمِلُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ، لِأَنَّ الوُقُوعَ بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ وَهُوَ تَرْكُ الشَّدِّ أَوِ الإِحْكَامِ فِيهِ، بِخِلَافِ الرِّدَاءِ لِأَنَّهُ لا يُشَدُّ فِي العَادَةِ، وَلِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ كَمَا فِي المَحْمُولِ عَلَى عَاتِقِهِ دُونَ اللِّبَاسِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبلُ

فَيُقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ) يَعْنِي السَّرْجَ وَسَائِرَ الأَدَوَاتِ كَمَا فِي المَحْمُولِ عَلَى عَاتِقِهِ إِذَا **وَقَعَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ** فَإِنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ، بِخِلافِ اللِّبَاسِ فَإِنَّهُ لا يَقْصِدُ حِفْظَهُ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيْ فِي بَابِ مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ.

قَالَ (وَمَن قَادَ قِطَارًا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوطَأَ)، فَإِن وَطِئَ بَعِيرٌ إِنسَانًا ضَمِنَ بِهِ القَائِدُ وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ لأَنَّ القَائِدَ عَلَيهِ حِفظُ القِطَارِ كَالسَّائِقِ وَقَد أَمكَنَهُ ذَلِكَ وَقَد صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقصِيرِ فِيهِ، وَالتَّسَبُّبِ بِوَصفِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، إِلا أَنَّ ضَمَانَ النَّفسِ عَلَى العَاقِلَةِ فِيهِ وَضَمَانُ المَالِ فِي مَالِهِ (وَإِن كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيهِمَا) لأَنَّ قَائِدَ الوَاحِدِ قَائِدٌ لِلكُلِّ، وَكَذَا سَائِقُهُ لاتِّصَالِ الأَزِمَّةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِنَ الإِبِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسَّطَهَا وَأَخَذَ بِزِمَامِ وَاحِدٍ يَضمَنُ مَا عَطِبَ بِمَا هُوَ خَلفَهُ، وَيَضمَنَانِ مَا تَلِفَ بِمَا بَينَ يَدَيهِ لأَنَّ القَائِدَ لا يَقُودُ مَا خَلفَ السَّائِقِ لانفِصَامِ الزِّمَامِ، وَالسَّائِقُ يَسُوقُ مَا يَكُونُ قُدَّامَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا) القِطَارُ: الإِبِلُ تُقْطَرُ عَلَى نَسَقٍ وَاحِدٍ وَالجَمْعُ قُطُرٌ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَإِن رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى القِطَارِ وَالقَائِدُ لا يَعلَمُ فَوَطِئَ المَربُوطُ إِنسَانًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَةِ القَائِدِ الدِّيَةُ) لأَنَّهُ يُمكِنُهُ صِيَانَةُ القِطَارِ عَن رَبطِ غَيرِهِ، فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسبِيبِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ كَمَا فِي القَتلِ الخَطَإِ (ثُمَّ يَرجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ) لأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوقَعَهُم فِي هَذِهِ العُهدَةِ، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيهِمَا فِي الابتِدَاءِ وَكُلٌّ مِنهُمَا مُسَبِّبٌ لأَنَّ الرَّبطَ مِنَ القَودِ بِمَنزِلَةِ التَّسَبُّبِ مِنَ المُبَاشَرَةِ لاتِّصَالِ التَّلَفِ بِالقَودِ دُونَ الرَّبطِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَبَطَ وَالقِطَارُ يَسِيرُ لأَنَّهُ أَمرٌ بِالقَودِ دَلالَةً، فَإِذَا لَم يَعلَم بِهِ لا يُمكِنُهُ التَّحَفُّظُ مِن ذَلِكَ فَيَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ، أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالإِبِلُ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا القَائِدُ لأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيرِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ لا صَرِيحًا وَلا دَلالَةً فَلا يَرجِعُ بِمَا لَحِقَهُ عَلَيهِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعيرًا إلى القطَارِ إلخ) رَجُلٌ رَبَطَ بَعيرًا إلى قِطَارٍ يَقُودُهُ رَجُلٌ. فَإِمَّا أَنْ يَعْلَمَ بِرَبْطِه القَائِدُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، فَإِنْ كَانَ الثَّاني وَقَدْ وَطِئَ المَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ فَعَلى عَاقلة القَائد الدِّيَةُ لإِمْكَان تَحرُزِهِ عَنْ رَبْط الغَيْرِ، فَإِذَا تَرَكَ ذَلكَ صَارَ مُتَسَبِّبًا مُتَعَدِّيًا وَالدِّيَةُ فِي مِثْله عَلى العَاقلة كَمَا فِي القَتْل الخَطَأ ثُمَّ تَرْجعُ عَاقلةُ القَائد بمَا ضَمنُوا منْ الدِّيَة عَلى عَاقلة الرَّابط لأَنَّهُ هُوَ الَّذي أَوْقَعَهُمْ في هَذه العُهْدَة، كَذَا في الجَامعِ الصَّغيرِ. وَوَقَعَ فِي رِوَايَة المَبْسُوط: ضَمنَ القَائدُ ثُمَّ يَرْجعُ عَلى الَّذي رَبَطَ البَعيرَ، وَوَفَّقَ الإمَامُ المَحْبُوبيُّ رَحمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا بأَنَّهُ اعْتَبَرَ فِي المَبْسُوط حَقيقَةَ الضَّمَان.

فَإِنَّهُ في الحَقيقَة عَلى القَائد وَالرَّابط، إلا أَنَّ العَوَاقل تَعْقلُ عَنْهُمَا.

وَاعْتَبَرَ فِي الجَامعِ الصَّغيرِ حَال الضَّمَان وَقَرَارَهُ وَهُوَ عَلى العَاقلة، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لَمْ يَرْجِعُوا لأَنَّ القَائدَ حينَ عَلمَ بالرَّبْط فَقَدْ رَضيَ بمَا يَلحَقُهُ منْ الضَّمَان فَلا يَرْجعُونَ عَلَيْهِمْ بشَيْءٍ وَلَمْ يَذْكُرْهُ لظُهُوره. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا لا يَجبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ابْتدَاءً) ظَاهرٌ.

وَقَوْلُهُ (قَالُوا) يَعْني أَنَّ لفْظَ الجَامعِ الصَّغيرِ غَيْرُ مُتَعَرِّضٍ للسَّيْرِ وَالوُقُوف، وَالمَشَايخُ رَحمَهُمُ اللَّهُ قَالُوا هَذَا: أَيْ رُجُوعَ **عَاقلة القَائد عَلى عَاقلة الرَّابط إذَا رَبَطَ وَالقِطَارُ يَسيرُ**. أَمَّا إذَا رَبَطَ وَالإبلُ قيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا القَائدُ بلا رُجُوعٍ عَلى أَحَدٍ، وَالوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب.

قَال (وَمَن أَرسَل بَهيمَةً وَكَانَ لهَا سَائِقًا فَأَصَابَت فِي فَورِهَا يَضمَنُهُ) لأَنَّ الفِعل انتَقَل إليهِ بوَاسطَةِ السَّوقِ. قَال (وَلو أَرسَل طَيرًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي فَورِهِ لم يَضمَن) وَالفَرقُ أَنَّ بَدَنَ البَهيمَةِ يَحتَمِلُ السَّوقَ فَاعتُبِرَ سَوقُهُ وَالطَّيرُ لا يَحتَمِلُ السَّوقَ فَصَارَ وُجُودُ السَّوقِ وَعَدَمِهِ بِمَنزِلَةٍ، وَكَذَا لو أَرسَل كَلبًا وَلَم يَكُن لهُ سَائِقًا لم يَضمَن، وَلو أَرسَلهُ إلى صَيدٍ وَلم يَكُن لهُ سَائِقًا فَأَخَذَ الصَّيدَ وَقَتَلَهُ حَلَّ. وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ البَهِيمَةَ مُختَارَةٌ فِي فِعلهَا وَلا تَصلُحُ نَائِبَةً عَن المُرسِلِ فَلا يُضَافُ فِعلُهَا إلى غَيرِهَا، هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ، إلا أَنَّ الحَاجَةَ مَسَّت فِي الاصطِيَادِ فَأُضِيفَ إلى المُرسِلِ لأَنَّ الاصطِيَادَ مَشرُوعٌ وَلا طَرِيقَ لهُ سِوَاهُ وَلا حَاجَةَ فِي حَقِّ ضَمَانِ العُدوَانِ. وَرُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَوجَبَ الضَّمَانَ فِي هَذَا كُلِّهِ احتِيَاطًا صِيَانَةً لأَموَال النَّاسِ. قَال ﷺ: وَذُكِرَ فِي المَبسُوطِ إذَا

أرسَل دَابَّةً فِي طَرِيقِ المُسلمِينَ فَأَصَابَت فِي فَورِهَا فَالمُرسِلُ ضَامِنٌ؛ لأنَّ سَيرَهَا مُضَافٌ إليهِ مَا دَامَت تَسِيرُ عَلى سَنَنِهَا، وَلو انعَطَفَت يَمنَةً أَو يَسرَةً انقَطَعَ حُكمُ الإِرسَال إلا إذَا لم يَكُن لهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ وَكَذَا إذَا وَقَفت ثُمَّ سَارَت بِخِلافِ مَا إذَا وَقَفَت بَعدَ الإِرسَال فِي الاصطِيَادِ ثُمَّ سَارَت فَأَخَذَت الصَّيدَ، لأنَّ تِلكَ الوَقفَةَ تَحَقُّقُ مَقصُودِ المُرسِلِ لأَنَّهُ لِتَمَكُّنِهِ مِن الصَّيدِ، وَهَذِهِ تُنَافِي مَقصُودَ المُرسِلِ وَهُوَ السَّيرُ فَيَنقَطِعُ حُكمُ الإِرسَالِ، وَبِخِلافِ مَا إذَا أَرسَلَهُ إلى صَيدٍ فَأَصَابَ نَفسًا أَو مَالا فِي فَورِهِ لا يَضمَنُهُ مَن أَرسَلَهُ، وَفِي الإِرسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضمَنُهُ لأنَّ شَغلَ الطَّرِيقِ تَعَدٍّ فَيَضمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنهُ، أَمَّا الإِرسَالُ لِلاصطِيَادِ فَمُبَاحٌ وَلا تَسبِيبَ إلا بِوَصفِ التَّعَدِّي.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَرْسَل بَهِيمَةً) يُرِيدُ كَلبًا لقَوْله بَعْدَهُ وَكَذَا لوْ أَرْسَل كَلبًا، وَمَعْنَى سَوْقِه إِيَّاهُ أَنْ يَمْشِيَ خلفَهُ (وَلوْ أَرْسَل طَيْرًا) أَيْ بَازِيًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي فَوْرِه بِأَنْ قَتَل صَيْدًا مَمْلُوكًا لَمْ يُضَمِّنْ المُرْسِلُ السَّائِقَ لعَدَمِ اعْتِبَارِ السَّوْق وَالإِرْسَال فِيه فِي حَقِّ الضَّمَان، حَتَّى لوْ كَانَ ذَلكَ فِي الحَرَمِ وَقَتَل صَيْدَ الحَرَمِ لَمْ يَلزَمْهُ شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ (انْقَطَعَ حُكْمُ الإِرْسَال إلا إذَا لَمْ يَكُنْ لهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ) أَيْ سِوَى طَرِيقِ اليُمْنَى وَاليُسْرَى بِأَنْ كَانَ عَلى الجَادَّة مَاءٌ أَوْ وَحْلٌ فَحِينَئِذ لا يَنْقَطِعُ حُكْمُ الإِرْسَال كَمَا لوْ لَمْ يَنْعَطفْ يَمْنَةً وَيَسْرَةً. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلكَ إذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ) أَيْ يَنْقَطِعُ حُكْمُ الإِرْسَال. وَقَوْلُهُ (وَهَذِه) أَيْ وَقْفَةُ الدَّابَّةِ تُنَافِي مَقْصُودَ المُرْسِل وَهُوَ السَّيْرُ، فَإِنَّ مَقْصُودَهُ مِنْ الإِرْسَال هُوَ السَّيْرُ لا الوُقُوفُ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخِلاف) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله بِخِلاف مَا إذَا أُوقِفَتْ لأَنَّ حُكْمَهَا مُخَالفٌ لحُكْمِ أَصْل المَسْأَلة، وَتَبَيَّنَ بِه الفَرْقُ بَيْنَ الإِرْسَاليْنِ كَمَا بَيَّنَ بِقَوْله بِخِلاف مَا إذَا وَقَفَتْ الفَرْقُ بَيْنَ الوَقْفَتَيْنِ.

قَال (وَلو أَرسَل بَهِيمَةً فَأَفسَدَت زَرعًا عَلى فَورِهِ ضَمِنَ المُرسِلُ، وَإِن مَالت يَمِينًا أَو شِمَالا) وَلهُ طَرِيقٌ آخَرُ لا يَضمَنُ لِمَا مَرَّ، وَلو انفَلَتَت الدَّابَّةُ فَأَصَابَت مَالا أَو آدَمِيًّا لَيلا أَو نَهَارًا (لا ضَمَانَ عَلى صَاحِبِهَا) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «جُرحُ العَجمَاءِ جُبَارٌ» وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ المُنفَلِتَةُ، وَلأنَّ الفِعل غَيرُ مُضَافٍ إليهِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ النِّسبَةَ إليهِ

مِن الإرسَال وَأخَواتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلى فَوْرِهِ) أيْ فَوْرِ الإِرْسَال وَهُوَ أنْ لا تَميل يَمينًا وَلا شمَالا. وَقَوْلُهُ (لَما مَرَّ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه انْقَطَعَ حُكْمُ الإرْسَال. وَقَوْلُهُ (قَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هِيَ المُنْفَلتَةُ) أيْ العَجْمَاءُ الَّتِي أهْدَرَ النَّبيُّ ﷺ فِعْلهَا هِيَ المُنْفَلتَةُ لا الَّتِي أُرْسِلتْ، فَإِنَّ إفْسَادَهَا إذَا كَانَ فِي فَوْرِ الإِرْسَال لَيْسَ بِجُبَارٍ كَمَا ذَكَرْنَا آنِفًا فَكَانَ تَفْسِيرُهُ احْتِرَازًا عَنْ الأُجَرَاءِ عَلى عُمُومه.

وَقَوْلُهُ (مِنْ الإِرْسَال وَأخَوَاتِهِ) يَعْنِي السَّوْقَ وَالقَوْدَ وَالرُّكُوبَ. قَال فِي النِّهَايَةِ: كَانَ مِنْ حَقِّ الكَلامِ أنْ يَقُول مِنْ الإِرْسَال وَأمْثَالِهِ أوْ يَقُول مِنْ الإِرْسَال وَأخَوَاتِهَا بِتَأْوِيل الكَلِمَةِ إذْ السَّوْقُ وَالقَوْدُ لمَّا كَانَ أُخْتًا لا أخًا لِلإِرْسَال كَانَ الإِرْسَالُ أُخْتًا أيْضًا، وَإِلا يَلزَمُ جَعْلُ بَعْضِ أسْبَابِ التَّعَدِّي أخًا وَبَعْضِهَا أُخْتًا مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لأنَّهُ لَيْسَ هَاهُنَا مُؤَنَّثٌ مَعْنَوِيٌّ خُولِفَ فِيمَا يَقْتَضِيهِ حَتَّى يُنَاقِشَ عَلى ذَلِكَ.

قَال (شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَت عَينُهَا فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا) لأنَّ المَقصُودَ مِنهَا هُوَ اللَّحمُ فَلا يُعتَبَرُ إلا النُّقصَانُ (وَفِي عَينِ بَقَرَةِ الجَزَّارِ وَجَزُورِهِ رُبعُ القِيمَةِ، وَكَذَا فِي عَينِ الحِمَارِ وَالبَغلِ وَالفَرَسِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: فِيهِ النُّقصَانُ أيضًا اعتِبَارًا بِالشَّاةِ. وَلنَا مَا رُوِيَ «أنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَضَى فِي عَينِ الدَّابَّةِ بِربُعِ القِيمَةِ» وَهَكَذَا قَضَى عُمَرُ رضي الله عنه، وَلأنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَى اللَّحمِ كَالحَمل وَالرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ وَالجَمَال وَالعَمَل، فَمِن هَذَا الوَجهِ تُشبِهُ الآدَمِيَّ وَقَد تُمسَكُ لِلأكل، فَمِن هَذَا الوَجهِ تُشبِهُ المَأكُولاتِ فَعَمِلنَا بِالشَّبَهَينِ بِشَبَهِ الآدَمِيِّ فِي إيجَابِ الرُّبعِ وَبِالشَّبَهِ الآخَرِ فِي نَفيِ النِّصفِ، وَلأنَّهُ إنَّمَا يُمكِنُ إقَامَةُ العَمَل بِهَا بِأربَعَةِ أعيُنٍ عَينَاهَا وَعَينَا المُستَعمِل فَكَأنَّهَا ذَاتُ أعيُنٍ أربَعَةٍ فَيَجِبُ الرُّبعُ بِفَوَاتِ إحدَاهَا.

الشرح:

قَال (شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا) الجَزْرُ: القَطْعُ، وَجَزَرَ الجَزُورَ: نَحَرَهَا، وَالجَزُورُ مَا أُعِدَّ مِنْ الإِبِل لِلنَّحْرِ يَقَعُ عَلى الذَّكَرِ وَالأُنْثَى وَهِيَ مُؤَنَّثٌ، وَإِنَّمَا قَال: وَجَزُورُهُ رُبْعُ القِيمَةِ وَلَمْ يَقُل وَبَعِيرُهُ لِيَتَبَيَّنَ أنَّ البَقَرَ وَالإِبِل وَإِنْ أُعِدَّ اللَّحْمُ كَالشَّاةِ لا يَخْتَلِفُ الجَوَابُ فِيهِمَا، بَل سَوَاءٌ كَانَا مُعَدَّيْنِ لِلَّحْمِ أوْ لِلحَرْثِ وَالحَمْل وَالرُّكُوبِ فَفِيهِ رُبْعُ القِيمَةِ كَمَا

فِي الَّذي لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ كَالبَغْل وَالحِمَار. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِيهِ النُّقْصَانُ وَاعْتِبَارُهُ بِالشَّاةِ عَمَلٌ بِالظَّاهِرِ. وَلَنَا مَا رَوَى خَارِجَةُ بْنُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُول اللَّهِ ﷺ أَوْجَبَ ذَلِكَ، وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ أَنَّهُ قَضَى بِذَلِكَ فَتَرَكْنَا القِيَاسَ. فَإِنْ قِيل: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَضَاءُ رَسُول اللَّهِ ﷺ فِيمَا لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ. فَالجَوَابُ أَنَّ المَعْنَى الَّذِي أَوْجَبَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ المَأْكُول مِنْ الحَمْل وَالرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ وَالجَمَال، وَالعَمَلُ مَوْجُودٌ فِي مَأْكُول اللَّحْمِ فَيَلْحَقُ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَى اللَّحْمِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلَى ذَلِكَ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى الجَوَابِ عَنْ القِيَاسِ عَلَى الشَّاةِ فَإِنَّ المَقْصُودَ مِنْهَا اللَّحْمُ وَفَقْءُ العَيْنِ لا يُفَوِّتُهُ بَل هُوَ عَيْبٌ يَسِيرٌ فَيَلْزَمُ نُقْصَانُ المَالِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ العَمَل بِهَا) دَلِيلٌ آخَرُ. وَهُوَ أَيْضًا وَاضِحٌ لَكِنَّ الاعْتِمَادَ عَلَى الأَوَّل أَلا تَرَى أَنَّ العَيْنَيْنِ لا يُضْمَنَانِ بِنِصْفِ القِيمَةِ، كَذَا قَالَهُ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَإِنَّمَا قَال ذَلِكَ لأَنَّ المَعْمُول بِهِ فِي هَذَا البَابِ النَّصُّ وَهُوَ وَرَدَ فِي عَيْنٍ وَاحِدَةٍ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ.

قَال (وَمَن سَارَ عَلَى دَابَّةٍ فِي الطَّرِيقِ فَضَرَبَهَا رَجُلٌ أَو نَخَسَهَا فَنَفَحَت رَجُلا أَو ضَرَبَتهُ بِيَدِهَا أَو نَفَرَت فَصَدَمَتهُ فَقَتَلَتهُ كَانَ ذَلكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) هُوَ المَروِيُّ عَن عُمَرَ وَابنِ مَسعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا، وَلأَنَّ الرَّاكِبَ وَالمَركَبَ مَدفُوعَانِ بِدَفعِ النَّاخِسِ فَأُضِيفَ فِعلُ الدَّابَّةِ إِلَيهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، وَلأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسبِيبِهِ وَالرَّاكِبُ فِي فِعلِهِ غَيرُ مُتَعَدٍّ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ فِي التَّغرِيمِ لِلتَّعَدِّي، حَتَّى لَو كَانَ وَاقِفًا دَابَّتَهُ عَلَى الطَّرِيقِ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ نِصفَينِ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي الإِيقَافِ أَيضًا. قَال (وَإِن نَفَحَت النَّاخِسَ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا) لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الجَانِي عَلَى نَفسِهِ (وَإِن أَلقَت الرَّاكِبَ فَقَتَلَتهُ كَانَ دِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ النَّاخِسِ) لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسبِيبِهِ وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ. قَال (وَلَو وَثَبَت بِنَخسِهِ عَلَى رَجُلٍ أَو وَطِئَتهُ فَقَتَلَتهُ كَانَ ذَلكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالوَاقِفُ فِي مِلكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ وَالرَّاكِبِ نِصفَينِ، لأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَل الرَّاكِبِ وَوَطءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إِلَى النَّاخِسِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيهِمَا،

وَإِن نَخَسَهَا بِإِذنِ الرَّاكِبِ كَانَ ذَلكَ بِمَنزِلَةِ فِعل الرَّاكِبِ لو نَخَسَهَا، وَلا ضَمَانَ عَليهِ فِي نَفحَتِهَا لأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَملكُهُ، إذ النَّخسُ فِي مَعنَى السَّوقِ فَصَحَّ أَمرُهُ بِهِ، وَانتَقَل إليهِ لِمَعنَى الأَمرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَوْ نَخَسَهَا) يَعْنِي بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاكِبِ وَالنَّخْسُ هُوَ الطَّعْنُ، وَمِنْهُ نَخَّاسُ الدَّوَابِّ دَلالُهَا. فَإِنْ قِيلَ: القِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلى الرَّاكِبِ لكَوْنِه مُبَاشِرًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا لأَنَّ التَّعَدِّيَ لَيسَ مِنْ شَرْطِه، فَإِنْ لَمْ يَخْتَصَّ بِه فَلا أَقَلَّ مِنْ الشَّرِكَة.

فَالجَوَابُ أَنَّ القِيَاسَ يُتْرَكُ بِالأَثَرِ، وَفِيه أَثَرُ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَقَدْ أَشَارَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ إلى الجَوَابِ بِقَوْله وَلأَنَّ الرَّاكِبَ وَالمُرْكَبَ مَدْفُوعَان بِدَفْعِ النَّاخِسِ، لأَنَّ فِعْلَ الرَّاكِبِ قَدْ انْتَقَل إلى الدَّابَّة لأَنَّ الوَثْبَةَ المُهْلكَةَ إِنَّمَا كَانَتْ مِنْهَا فَكَانَ مُضْطَرًّا فِي حَرَكَتِه، وَفِعْلُ الدَّابَّة قَدْ انْتَقَل إلى النَّاخِسِ لكَوْنِه الحَامِل لهَا عَلى ذَلكَ مُلجِئًا فَكَانَ النَّاخِسُ بِمَنْزِلة الدَّافِعِ للدَّابَّة وَالرَّاكِب مَعًا عَلى مَا فَعَل فِي الدَّابَّة، وَالمَدْفُوعُ إلى الشَّيْءِ وَإِنْ كَانَ مُبَاشِرًا لا يُعْتَبَرُ مُبَاشِرًا كَمَا فِي الإِكْرَاه الكَامِل، فَلا يَجِبُ عَليْه جَزَاءُ المُبَاشَرَة إِنْ فُرِضَ مُبَاشِرًا وَلا التَّسْبِيبُ أَيْضًا لأَنَّهُ يَعْتَمِدُ التَّعَدِّيَ وَهُوَ مَفْقُودٌ.

فَإِنْ قِيل: مَا بَالُ **النَّفْحَة أَوْجَبَتْ الضَّمَانَ عَلى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِب وَالسَّائِقِ** أَيْضًا عِنْدَ أَكْثَرِ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَهِيَ مِمَّا لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا؟ فَالجَوَابُ أَنَّهَا لا تُوجِبُهُ عَلى السَّائِقِ إذَا كَانَ بِالإِذْنِ وَهَاهُنَا بِلا إِذْن، فَلوْ **نَخَسَ وَهُوَ مَأْذُونٌ كَانَ سَائِقًا**، وَإِمْكَانُ التَّحَرُّزِ إِنَّمَا يُمْكِنُ فِي حَقِّ غَيْرِ المُتَعَدِّي وَغَيْرُ المَأْذُون بِذَلكَ مُتَعَدٍّ فَلا يُعْتَبَرُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِه) دَليلٌ آخَرُ، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ الرَّاكِبَ إِنْ كَانَ فِعْلُهُ مُعْتَبَرًا فَهُوَ مُبَاشِرٌ وَالتَّعَدِّي لَيْسَ مِنْ شَرْطِه، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَبَرًا لكَوْنِه مَدْفُوعًا فَقَدْ اسْتَغْنَى عَنْ ذِكْرِهِ بِذِكْرِ الدَّليل الأَوَّل، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيمَا إذَا أَتْلفَتْ بِالوَطْءِ لأَنَّهُ يُحْمَلُ التَّلفُ بِالثِّقَل كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَيْسَ الكَلامُ هَاهُنَا فِي ذَلكَ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي النَّفْحِ بِالرِّجْل وَالضَّرْب بِاليَد وَالصَّدْمَة فَكَانَا مُتَسَبِّبَيْنِ، وَتَرَجَّحَ النَّاخِسُ فِي التَّغْرِيمِ للتَّعَدِّي، وَفِي اسْتِعْمَال التَّرْجِيحِ هَاهُنَا تَسَامُحٌ، لأَنَّ شَرْطَهُ إذَا كَانَ مَفْقُودًا لا يَصْلُحُ مُعَارِضًا حَتَّى يَحْتَاجَ إلى التَّرْجِيحِ، وَلَعَلَّ مَعْنَاهُ اُعْتُبِرَ مُوجِبًا فِي التَّغْرِيمِ

لأَنَّ التَّرْجِيحَ سَبَبُ الاعْتِبَارِ فَكَانَ ذِكْرُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ الْمُسَبَّبِ، وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلأَنَّ الرَّاكِبَ وَالْمُرْكَبَ مَدْفُوعَانِ.

وَفِي النِّهَايَةِ هُوَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ فَتَأَمَّلْ. وَقَوْلُهُ (**وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ**) يَعْنِي يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ فِي كُلِّ حَالٍ، وَقَيَّدَ بِمِلْكِهِ احْتِرَازًا عَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ الإِيقَافِ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ فَإِنَّهُ يَتَنَصَّفُ الضَّمَانُ هُنَاكَ عَلَى عَاقِلَتِهِمَا، وَقَوْلُهُ (وَالثَّانِي) أَيْ الْوَطْءُ (مُضَافٌ إِلَى النَّاخِسِ) لأَنَّهُ كَالسَّائِقِ لَهَا وَالسَّائِقُ مَعَ الرَّاكِبِ يَضْمَنَانِ مَا وَطِئَتْهُ الدَّابَّةُ، وَهَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

قَالَ (وَلَو وَطِئَت رَجُلًا فِي سَيرِهَا وَقَد نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذنِ الرَّاكِبِ فَالدِّيَةُ عَلَيهِمَا نِصفَينِ جَمِيعًا إِذَا كَانَت فِي فَورِهَا الَّذِي نَخَسَهَا) لأَنَّ سَيرَهَا فِي تِلكَ الحَالَةِ مُضَافٌ إِلَيهِمَا، وَالإِذنُ يَتَنَاوَلُ فِعلَهُ مِن حَيثُ السَّوقُ وَلا يَتَنَاوَلُهُ مِن حَيثُ إِنَّهُ إِتلافٌ، فَمِن هَذَا الوَجهِ يَقتَصِرُ عَلَيهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِن كَانَ عِلَّةً لِلوَطءِ فَالنَّخسُ لَيسَ بِشَرطٍ لِهَذِهِ العِلَّةِ بَل هُوَ شَرطٌ أَو عِلَّةٌ لِلسَّيرِ وَالسَّيرُ عِلَّةٌ لِلوَطءِ وَبِهَذَا لا يَتَرَجَّحُ صَاحِبُ العِلَّةِ، كَمَن جَرَحَ إِنسَانًا فَوَقَعَ فِي بِئرٍ حَفَرَهَا غَيرُهُ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ فَالدِّيَةُ عَلَيهِمَا لِمَا أَنَّ الحَفرَ شَرطُ عِلَّةٍ أُخرَى دُونَ عِلَّةِ الجُرحِ كَذَا هَذَا. ثُمَّ قِيلَ: يَرجِعُ النَّاخِسُ عَلَى الرَّاكِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الإِيطَاءِ لأَنَّهُ فَعَلَهُ بِأَمرِهِ.

وَقِيلَ: لا يَرجِعُ وَهُوَ الأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ، لأَنَّهُ لَم يَأمُرهُ بِالإِيطَاءِ وَالنَّخسُ يَنفَصِلُ عَنهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَستَمسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسيِيرِهَا فَوَطِئَت إِنسَانًا وَمَاتَ حَتَّى ضَمَّنَ عَاقِلَةَ الصَّبِيِّ فَإِنَّهُم لا يَرجِعُونَ عَلَى الآمِرِ لأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالتَّسيِيرِ وَالإِيطَاءُ يَنفَصِلُ عَنهُ، وَكَذَا إِذَا نَاوَلَهُ سِلاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّى ضَمِنَ لا يَرجِعُ عَلَى الآمِرِ، ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضمَنُ إِذَا كَانَ الإِيطَاءُ فِي فَورِ النَّخسِ حَتَّى يَكُونَ السَّوقُ مُضَافًا إِلَيهِ، وَإِذَا لَم يَكُن فِي فَورِ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ لانقِطَاعِ أَثَرِ النَّخسِ فَبَقِيَ السَّوقُ مُضَافًا إِلَى الرَّاكِبِ عَلَى الكَمَالِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مُضَافٌ إِلَيْهِمَا) أَيْ إِلَى الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ إِلَيْهَا: أَيْ إِلى النَّخْسَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلافٌ) لِوُجُودِ انْفِصَالِ السَّوْقِ عَنْ الإِتْلافِ فَلَيْسَ عَيْنَهُ وَلا مِنْ ضَرُورَاتِه.

وَقَوْلُهُ (يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى النَّاخِسِ لأَنَّ الرَّاكِبَ أَذِنَ لَهُ بِالسَّوْقِ لا بِالإِيطَاءِ وَالإِتْلافِ.

وَقَوْلُهُ (وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْرِيرُهُ الرَّاكِبُ صَاحِبُ عِلَّةٍ لِلوَطْءِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ رِجْلَ الدَّابَّةِ فِي الوَضْعِ وَالرَّفْعِ فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ رِجْلِه حَقِيقَةً، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ دُونَ النَّاخِسِ، وَالنَّاخِسُ صَاحِبُ شَرْطٍ فِي حَقِّ فِعْلِ الوَطْءِ، وَالإِضَافَةُ إِلى العِلَّةِ أَوْلى.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الرُّكُوبَ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلوَطْءِ لَكِنَّ النَّخْسَ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهَذِهِ العِلَّةِ لِتَأَخُّرِه عَنْ الرُّكُوبِ، بَل هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلوَطْءِ، فَكَانَ الوَطْءُ ثَابِتًا بِعِلَّتَيْنِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، وَقَدْ مَثَّلَ لِذَلِكَ بِمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلِكَ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَمْسِكْ فَلا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ، أَمَّا عَلى الصَّبِيِّ فَلأَنَّ مَسْكَهُ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ عَلى الدَّابَّةِ فَلا يُضَافُ السَّيْرُ إِلَيْهِ وَأَمَّا عَلى الرَّجُلِ فَلأَنَّهُ لَمْ يُسَيِّرْهَا، وَإِذَا لَمْ يُضَفْ سَيْرُهَا إِلى أَحَدٍ كَانَتْ مُنْفَلِتَةً وَفِعْلُهَا جُبَارٌ.

(وَمَن قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ فَانفلَتَت مِن يَدِ القَائِدِ فَأَصَابَت فِي فَورِهَا فَهُوَ عَلى النَّاخِسِ وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهَا سَائِقٌ فَنَخَسَهَا غَيرُهُ لأَنَّهُ مُضَافٌ إِليهِ، وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، وَإِن كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ لأَنَّهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِأَفعَالِهِمَا) وَلَو نَخَسَهَا شَيءٌ مَنصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ فَنَفَحَت إِنسَانًا فَقَتَلَتهُ فَالضَّمَانُ عَلى مَن نَصَبَ ذَلكَ الشَّيءَ لأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِشَغلِ الطَّرِيقِ فَأُضِيفَ إِليهِ كَأَنَّهُ نَخَسَهَا بِفِعلِهِ، وَاللَّهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا) يَعْنِي وَنَخَسَ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاكِبِ فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِه يَدْفَعُ بِهَا أَوْ يَفْدِي، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ إِلى آخِرِه وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَالجِنَايَةِ عَلَيهِ

قَال (وَإِذَا جَنَى العَبدُ جِنَايَةً خَطَأً قِيل لِمَولاهُ: إمَّا أَن تَدفَعَهُ بِهَا أَو تَفدِيهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهَا إلا أَن يَقضِيَ المَولى الأَرشَ، وَفَائِدَةُ الاختِلافِ فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعدَ العِتقِ. وَالمَسأَلَةُ مُختَلِفَةٌ بَينَ الصَّحَابَةِ رِضوَانُ اللَّهِ عَلَيهِم.

لَهُ أَنَّ الأَصل فِي مُوجِبِ الجِنَايَةِ أَن يَجِبَ عَلَى المُتلِفِ لأَنَّهُ هُوَ الجَانِي، إلا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنهُ، وَلا عَاقِلَةَ لِلعَبدِ لأَنَّ العَقل عِندِي بِالقَرَابَةِ وَلا قَرَابَةَ بَينَ العَبدِ وَمَولاهُ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا فِي الدَّينِ. وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الجِنَايَةِ عَلَى المَال.

وَلَنَا أَنَّ الأَصل فِي الجِنَايَةِ عَلَى الآدَمِيِّ حَالَةَ الخَطَإِ أَن تَتَبَاعَدَ عَن الجَانِي تَحَرُّزًا عَن استِئصَالِهِ وَالإِجحَافِ بِهِ، إذ هُوَ مَعذُورٌ فِيهِ حَيثُ لم يَتَعَمَّد الجِنَايَةَ، وَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الجَانِي إذَا كَانَ لهُ عَاقِلَةٌ، وَالمَولى عَاقِلَتُهُ لأَنَّ العَبدَ يَستَنصِرُ بِهِ، وَالأَصلُ فِي العَاقِلَةِ عِندَنَا النُّصرَةُ حَتَّى تَجِبَ عَلَى أَهل الدِّيوَانِ. بِخِلافِ الذِّمِّيِّ لأَنَّهُم لا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَينَهُم فَلا عَاقِلَةَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَن الهَدَرِ، وَبِخِلافِ الجِنَايَةِ عَلَى المَال؛ لأَنَّ العَوَاقِل لا تَعقِلُ المَال، إلا أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَينَ الدَّفعِ وَالفِدَاءِ لأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَفِي إثبَاتِ الخِيرَةِ نَوعُ تَخفِيفٍ فِي حَقِّهِ كَي لا يُستَأصَل، غَيرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصلِيَّ هُوَ الدَّفعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا يَسقُطُ المُوجِبُ بِمَوتِ العَبدِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الوَاجِبِ وَإِن كَانَ لهُ حَقُّ النَّقل إلى الفِدَاءِ كَمَا فِي مَال الزَّكَاةِ، بِخِلافِ مَوتِ الجَانِي الحُرِّ لأَنَّ الوَاجِبَ لا يَتَعَلَّقُ بِالحُرِّ استِيفَاءً فَصَارَ كَالعَبدِ فِي صَدَقَةِ الفِطرِ.

قَال (فَإِن دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ وَإِن فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرشِهَا وَكُلُّ ذَلِكَ يَلزَمُ حَالا) أَمَّا الدَّفعُ فَلأَنَّ التَّأجِيل فِي الأَعيَانِ بَاطِلٌ وَعِندَ اختِيَارِهِ الوَاجِبَ عُيِّنَ.

وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلأَنَّهُ جُعِل بَدَلا عَن العَبدِ فِي الشَّرعِ وَإِن كَانَ مُقَدَّرًا بِالمُتلِفِ وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأخُذُ حُكمَهُ فَلِهَذَا وَجَبَ حَالا كَالمُبدَل (وَأَيُّهُمَا اختَارَهُ وَفَعَلَهُ لا شَيءَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ غَيرَهُ) أَمَّا الدَّفعُ فَلأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِذَا خَلَّى بَينَهُ وَبَينَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلأَنَّهُ لا حَقَّ لهُ إلا الأَرشُ، فَإِذَا أَوفَاهُ حَقَّهُ سَلَّمَ العَبدَ لهُ، فَإِن لم يَختَر شَيئًا حَتَّى مَاتَ العَبدُ بَطَل حَقُّ المَجنِيِّ عَلَيهِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِن مَاتَ

بَعدمَا اختَارَ الفِدَاءَ لم يَبرأ لتَحوُّل الحقِّ مِن رَقَبَةِ العَبدِ إلى ذِمَّةِ المَولى.

الشرح:

(**بَابُ جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ جِنَايَةِ المَالِكِ وَهُوَ الحُرُّ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَهُوَ العَبْدُ، وَأَخَّرَهُ لانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ عَنْ رُتْبَتِه.

لا يُقَالُ: العَبْدُ لا يَكُونُ أَدْنَى مَنْزِلةً مِنْ البَهِيمَةِ فَكَيْفَ أَخَّرَ بَابَ جِنَايَتِه عَنْ بَابِ جِنَايَةِ البَهِيمَةِ، لأَنَّ جِنَايَةَ البَهِيمَةِ كَانَتْ بِاعْتِبَارِ الرَّاكِبِ أَوْ السَّائِقِ أَوْ القَائِدِ وَهُم مُلاكٌ.

قَال (**وَإِذَا جَنَى العَبْدُ جِنَايَةَ خَطَإٍ**) اعْلَمْ أَنَّ التَّقْيِيدَ بِالخَطَأِ هُنَا مُفِيدٌ فِي الجِنَايَةِ فِي النَّفْسِ، لأَنَّهُ إِذَا **كَانَ عَمْدًا يَجِبُ القِصَاصُ، وَأَمَّا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ** فَلا يُفِيدُ لأَنَّ خَطَأَ العَبْدِ وَعَمْدَهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ سَوَاءٌ فَإِنَّهُ يُوجِبُ المَالَ فِي الحَالَيْنِ، إِذْ القِصَاصُ لا يَجْرِي بَيْنَ العَبْدِ وَالعَبْدِ وَلا بَيْنَ العَبِيدِ وَالأَحْرَارِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ.

وَقَوْلُهُ (قِيلَ لِمَوْلاهُ إِمَّا تَدْفَعُهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيهِ) يَعْنِي بَعْدَ الاسْتِيفَاءِ، فَإِنَّهُ لا يُقْضَى عَلَى المَوْلى بِشَيْءٍ فِي ذَلِكَ حَتَّى يُبَرِّئَ المَجْنِيَّ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا لِجَنَابَةِ بِجِنَايَةِ الحُرِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يُسْتَأْنَى فِي جِنَايَةِ الحُرِّ لأَنَّ مُوجَبَهَا يَخْتَلِفُ بِالسِّرَايَةِ وَعَدَمِهَا، وَالقَضَاءُ قَبْلَ الاسْتِينَاءِ قَضَاءٌ بِالمَجْهُولِ وَهُوَ لا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ الاخْتِلافِ فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعْدَ العِتْقِ) فَعِنْدَهُ الوُجُوبُ عَلَى العَبْدِ فَيَتْبَعُهُ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَعْدَ العِتْقِ وَعِنْدَنَا **الوُجُوبُ عَلَى المَوْلى دُونَ العَبْدِ** فَلا يَتْبَعُهُ بَعْدَ العِتْقِ لأَنَّهُ بِالعِتْقِ صَارَ مُخْتَارًا لِلفِدَاءِ وَقَوْلُهُ (وَالمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) فَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِثْلُ مَذْهَبِنَا، قَالَ: إِذَا جَنَى العَبْدُ إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ، وَهَكَذَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَمُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَغَيْرِهِمَا. وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ مِثْلُ مَذْهَبِه.

قَالَ: عَبِيدُ النَّاسِ أَمْوَالُهُمْ جَزَاءُ جِنَايَتِهِمْ فِي قِيمَتِهِمْ: أَيْ فِي أَثْمَانِهِمْ لأَنَّ الثَّمَنَ قِيمَةُ العَبْدِ.

وَقَوْلُهُ (فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ) أَيْ فِي ذِمَّةِ العَبْدِ كَمَا فِي الدَّيْنِ، فَإِنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِه

يَكُونُ شَاغِلا لمَالِيَّةِ رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ إِلا أَنْ يَقْضِيَ المَوْلَى دَيْنَهُ كَذَلِكَ ضَمَانُ الجِنَايَةِ وَكَذَا فِي الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ كَمَا فِي الذِّمِّيِّ يَعْنِي إِذَا **قَتَلَ الذِّمِّيُّ رَجُلا خَطَأً** تَجِبُ دِيَتُهُ فِي ذِمَّتِهِ لا عَلَى عَاقِلَتِهِ كَمَا فِي إِتْلافِ المَالِ. وَقَوْلُهُ بَعْدَ هَذَا بِخِلافِ الذِّمِّيِّ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ هَذِهِ النُّسْخَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ إلخ) ظَاهِرٌ، وَفِيهِ بَحْثٌ، وَهُوَ أَنَّ الحُكْمَ فِي المَسْأَلَةِ مُخْتَلِفٌ، فَإِنَّ حُكْمَهَا عِنْدَنَا الوُجُوبُ عَلَى المَوْلَى وَعِنْدَهُ الوُجُوبُ عَلَى العَبْدِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَهُوَ بَنَاهُ عَلَى أَصْلٍ وَنَحْنُ عَلَى أَصْلٍ، فَمِنْ أَيْنَ يَقُومُ لأَحَدِنَا حُجَّةٌ عَلَى الآخَرِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ مُوجَبَ جِنَايَتِهِ فِي ذِمَّتِهِ كَوُجُوبِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَكَوُجُوبِ الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ، وَنَحْنُ إِذْ بَيَّنَّا الفَرْقَ بَيْنَهُمَا بَقِيَ أَصْلُهُ بِلا أَصْلٍ فَبَطَلَ، وَقَدْ بَيَّنَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ بِخِلافِ الذِّمِّيِّ فَإِنَّهُمْ لا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَنْ الهَدَرِ، وَبِقَوْلِهِ وَبِخِلافِ الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ لأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعْقِلُ المَالَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَأَمَّا أَصْلُنَا فَهُوَ ثَابِتٌ فِي نَفْسِهِ مُسْتَنِدٌ إِلَى النَّصِّ الَّذِي لا يُعْقَلُ إِبْطَالُهُ لَيْسَ بِمَقِيسٍ عَلَى أَصْلٍ يَبْطُلُ بِإِبْدَاءِ الفَارِقِ. عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ إِنَّ الأَصْلَ فِي مُوجَبِ الجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى المُتْلِفِ يَبْطُلُ أَيْضًا بِقَوْلِنَا الأَصْلُ ذَلِكَ فِي مُوجَبِ الجِنَايَةِ العَمْدِ أَوْ الخَطَأِ وَالأَوَّلُ مُسَلَّمٌ وَلا يُفِيدُهُ، إِذْ الكَلامُ فِي الخَطَأِ وَالثَّانِي عَيْنُ النِّزَاعِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ هُوَ الجَانِي غَيْرُ مُفِيدٍ) لأَنَّهُ يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ: وَالأَصْلُ فِي الجَانِي أَنْ يَكُونَ مُوجَبُ جِنَايَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ لأَنَّهُ المُتْلِفُ فَهُوَ مُصَادَرَةٌ عَلَى المَطْلُوبِ. وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّهُ يُخَيَّرُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَالمَوْلَى عَاقِلَتُهُ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ المَوْلَى عَاقِلَتَهُ لَمَا كَانَ مُخَيَّرًا كَمَا فِي سَائِرِ العَوَاقِلِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الخَطَأَ يُوجِبُ التَّخْفِيفَ، وَلَمَّا كَانَ فِي سَائِرِ العَوَاقِلِ كَثْرَةٌ ظَهَرَ فِيهَا بِالتَّوْزِيعِ وَالقِسْمَةِ عَلَى وَجْهٍ لا يُوجِبُ الإِجْحَافَ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالمَوْلَى وَاحِدٌ فَأَظْهَرْنَاهُ فِيهِ بِإِثْبَاتِ الخِيَارِ.

وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ وَجَبَ الجِنَايَةُ فِي ذِمَّةِ المَوْلَى حَتَّى وَجَبَ التَّخْيِيرُ لَمَا سَقَطَ بِمَوْتِ العَبْدِ كَمَا فِي الحُرِّ الجَانِي إِذَا مَاتَ فَإِنَّ العَقْلَ لا يَسْقُطُ عَنْ عَاقِلَتِهِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ، وَإِنْ كَانَ لهُ حَقُّ النَّقْلِ إلى الفِدَاءِ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ فَإِنَّ المُوجَبَ الأَصْلِيَّ فِيهِ جُزْءٌ مِنْ النِّصَابِ، وَلِلمَالِكِ أَنْ يَنْتَقِلَ إلى القِيمَةِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ الوَاجِبِ الأَصْلِيِّ هُوَ الدَّفْعُ يُسْقِطُ المُوجَبَ بِمَوْتِ العَبْدِ لِفَوَاتِ المَحَلِّ.

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةٍ أُخْرَى ذَكَرَهَا التُّمُرْتَاشِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الدِّيَةَ هُوَ الأَصْلُ، وَلكِنْ لِلمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ هَذَا الوَاجِبَ بِدَفْعِ الجَانِي، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا لِمَا ذَكَرَ فِي الأَسْرَارِ أَنَّ بَعْضَ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الأَرْشُ عَلى المَوْلَى وَلهُ المُخَلِّصُ بِالدَّفْعِ.

ثُمَّ قَالَ: وَالرِّوَايَةُ بِخِلافِ هَذَا فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ العَبْدُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَوْتِ الحُرِّ الجَانِي) جَوَابٌ عَمَّا يُذْكَرُ هَاهُنَا مُسْتَشْهَدًا بِهِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ آنِفًا.

وَوَجْهُهُ أَنَّ الوَاجِبَ لا يَتَعَلَّقُ بِالحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ فِي أَنَّهَا تَجِبُ عَنْ العَبْدِ عَلى المَوْلى وَلا تَسْقُطُ بِمَوْتِ العَبْدِ. قَال (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ) فَإِنْ دَفَعَ المَوْلى العَبْدَ الجَانِي مَلَكَهُ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ (وَإِنْ فَدَاهُ فِدَاءً بِأَرْشِ الجِنَايَةِ) وَكُلُّ ذَلِكَ يَلزَمُهُ حَالا، أَمَّا الدَّفْعُ فَلأَنَّ الوَاجِبَ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ عَيْنُ العَبْدِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، فَالتَّأْجِيلُ فِي الأَعْيَانِ بَاطِلٌ لأَنَّ التَّأْجِيلَ شُرِعَ لِلتَّحْصِيلِ تَرَفُّهًا وَتَحْصِيلُ الحَاصِلِ بَاطِلٌ، وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلأَنَّهُ لَمَّا جُعِلَ بَدَلا عَنْ العَبْدِ فِي الشَّرْعِ قَامَ مَقَامَهُ وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ. قِيلَ كَوْنُ الشَّيْءِ بَدَلا عَنْ شَيْءٍ لا يَسْتَلزِمُ الاتِّحَادَ فِي الحُكْمِ، أَلا تَرَى أَنَّ المَالَ قَدْ يَقَعُ بَدَلا عَنْ القِصَاصِ وَلَمْ يَتَّحِدَا فِي الحُكْمِ، فَإِنَّ القِصَاصَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ المُوصَى لهُ وَإِذَا صَارَ مَا لا تَعَلَّقَ بِهِ، وَكَذَلِكَ التَّيَمُّمُ بَدَلٌ عَنْ الوُضُوءِ وَالنِّيَّةُ مِنْ شَرْطِهِ دُونَ الأَصْلِ وَغَيْرُ ذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الفِدَاءَ لَمَّا وَجَبَ بِمُقَابَلةِ الجِنَايَةِ فِي النَّفْسِ أَوْ العُضْوِ أَشْبَهَ الدِّيَةَ وَالأَرْشَ وَهُمَا يَثْبُتَانِ مُؤَجَّلا وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَ الفِدَاءِ كَذَلِكَ، وَلَمَّا اخْتَارَهُ المَوْلى كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَهُ كَذَلِكَ: أَيْ كَسَائِرِ الدُّيُونِ حَالا، لأَنَّ الأَجَلَ فِي الدُّيُونِ عَارِضٌ وَلِهَذَا لا يَثْبُتُ إلا بِالشَّرْطِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَتَعَارَضَ جَانِبُ الحُلُولِ

وَالأَجَل فَتَرَجَّحَ جَانبُ الحُلُول بِكَوْنه فَرْعَ أَصْلٍ حَالٌ مُوَافِقَةً بَيْنَ الأَصْل وَفَرْعه، وَهَذَا كَلامٌ حَسَنٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي لفظ المُصَنِّف رَحِمَهُ اللَّهُ مَا يُشْعِرُ بِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال الأَصْلُ أَنْ لا يُفَارِقَ الفَرْعُ الأَصْل إلا بِأُمُورٍ ضَرُورِيَّة، فَإِنَّ الأَصْل عِنْدَ المُحَصِّلِينَ عِبَارَةٌ عَنْ حَالَة مُسْتَمِرَّة لا تَتَغَيَّرُ إلا بِأُمُورٍ ضَرُورِيَّة، وَالمَسَائِلُ المَذْكُورَةُ تَغَيَّرَتْ بِذَلِكَ، وَهُوَ أَنَّ القِصَاصَ غَيْرُ صَالِحٍ لِحَقِّ المُوصَى لَهُ بِالمَال فَلا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِهِ وَالتُّرَابُ غَيْرُ مُطَهِّرٍ بِطَبْعه فَلَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ إِلحَاق النِّيَّة بِهِ لِيَكُونَ مُطَهِّرًا شَرْعًا بِخِلاف المَاء، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ يَمْنَعُهُ عَنْ الحُلُول الَّذِي هُوَ حُكْمُ أَصْله فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ. ل

ا يُقَالُ: قَدْ يَتَضَرَّرُ بِوُجُوبِهِ حَالا فَهُوَ ضَرُورَةٌ، لأَنَّ ذَلِكَ لزِمَهُ بِاخْتِيَارِهِ عَلَى الدَّفْعِ فَهُوَ ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ.

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إلى قَوْله غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ إلخ (وَإِنْ مَاتَ) **أَيْ العَبْدُ الجَانِي بَعْدَمَا اخْتَارَ المَوْلى الفِدَاءَ قَوْلا أَوْ فِعْلا** لَمْ يَبْرَأْ بِمَوْت العَبْد عَنْ الفِدَاء، وَطُولِبَ بِالفَرْق بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ خِصَال كَفَّارَة اليَمِين فَإِنَّ الحَانِثَ غَيْرُ مُخَيَّرٍ، وَإِنْ عَيَّنَ أَحَدَهُمَا قَوْلا لَمْ يَتَعَيَّنْ وَهَاهُنَا قَدْ تَعَيَّنَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حُقُوقَ العِبَاد أَوْجَبُ رِعَايَةً لاحْتِيَاجِهِمْ وَذَلِكَ فِي التَّعَيُّنِ قَوْلا وَفِعْلا، وَأَمَّا حُقُوقُ اللَّه تَعَالى فَالمَقْصُودُ مِنْهَا الفِعْلُ فَتَعَيَّنَ الوَاجِبُ بِهِ.

قال (فَإِن عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكمُ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكمِ الجِنَايَةِ الأُولى) مَعنَاهُ بَعدَ الفِدَاءِ لأَنَّهُ لَمَّا طَهُرَ عَن الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ جُعِل كَأَن لم تَكُن، وَهَذَا ابتِدَاءُ جِنَايَةٍ. قَال (وَإِن جَنَى جِنَايَتَينِ قِيل لِلمَولى إمَّا أَن تَدفَعَهُ إلى وَليِّ الجِنَايَتَينِ يَقتَسِمَانِهِ عَلى قَدرِ حَقَّيهِمَا وَإِمَّا أَن تَفدِيهِ بِأَرشِ كُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنهُمَا) لأَنَّ تَعَلُّقَ الأَوَّل بِرَقَبَتِهِ لا يَمنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ بِهَا كَالدُّيُونِ المُتَلاحِقَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ مِلكَ المَولى لم يَمنَع تَعَلُّقَ الجِنَايَةِ فَحَقُّ المَجنِيِّ عَلَيهِ الأَوَّل أَولى أَن لا يَمنَعَ، وَمَعنَى قَولِهِ عَلى قَدرِ حَقَّيهِمَا عَلى قَدرِ أَرشِ جِنَايَتِهِمَا (وَإِن كَانُوا جَمَاعَةً يَقتَسِمُونَ العَبدَ المَدفُوعَ عَلى قَدرِ حِصَصِهِم وَإِن فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِم) لِمَا ذَكَرنَا (وَلو قَتَل وَاحِدًا وَفَقَأَ عَينَ آخَرَ) يَقتَسِمَانِهِ أَثلاثًا (لأَنَّ أَرشَ العَينِ عَلى النِّصفِ مِن أَرشِ النَّفسِ)، وَعَلى هَذَا حُكمُ الشِّجَّاتِ (وَلِلمَولى أَن يَفدِيَ مِن بَعضِهِم وَيَدفَعَ إلى بَعضِهِم مِقدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِن العَبدِ) لأَنَّ الحُقُوقَ مُختَلِفَةٌ

باختلافِ أسبابِهَا وَهِيَ الجِنَايَاتُ المُختَلفَةُ، بخِلافِ مَقتُولِ العَبدِ إذَا كَانَ لهُ وَليَّانِ لم يَكُن لهُ أَن يَفدِيَ مِن أحَدِهِمَا ويَدفعَ إلى الآخرِ لأنَّ الحقَّ مُتَّحِدٌ لاتِّحَادِ سَبَبِهِ وَهِيَ الجِنَايَةُ المُتَّحِدَةُ، وَالحقُّ يَجِبُ للمَقتُولِ ثُمَّ للوَارِثِ خِلافَةً عَنهُ فَلا يَملكُ التَّفرِيقَ فِي مُوجَبِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ تَعَلُّقَ الأُولى) أيْ الجنَايَة الأُولى برَقَبَته لا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الجنَايَة الثَّانيَة. فَإِنْ قيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الرَّهْنِ فَإِنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ به يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّاني به، حَتَّى أَنَّ الرَّاهِنَ **لَوْ مَاتَ بَعْدَ الرَّهْنِ وَعَلَيْه دُيُونٌ أُخْرَى** سوَى دَيْنِ المُرْتَهنِ لحقَتْهُ قَبْلَ الرَّهْنِ أَوْ بَعْدَهُ لا يَتَعَلَّقُ سَائرُ الدُّيُون بالرَّهْنِ فَقَدْ مَنَعَ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ الأَوَّل برَقَبَته غَيْرُهُ وَهَاهُنَا لَمْ يَمْنَعْ وَأُجيبَ بأَنَّ في الرَّهْنِ إيفَاءً أَوْ اسْتيفَاءً حُكْمًا فَكَأَنَّ الْمُرْتَهنَ قَدْ اسْتَوْفَاهُ فَلا يَتَعَلَّقُ به غَيْرُهُ، وَلَيْسَ في الجنَايَة كَذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (عَلى قَدْرِ أَرْشِ جنَايَتهمَا) لأَنَّ الْمُسْتَحقَّ إنَّمَا يَسْتَحقُّ عوَضًا عَمَّا فَاتَ عَلَيْه فَلا بُدَّ منْ أَنْ يُقْسَمَ عَلى قَدْرِ الْمُعَوَّضِ. وَقَوْلُهُ (لَمَا ذَكَرْنَا) يَعْني قَوْلَهُ لأَنَّ تَعَلُّقَ الأُولى برَقَبَته لا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانيَة.

وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا حُكْمُ الشَّجَّات) يَعْني لوْ **شَجَّ رَجُلا مُوضحَةً وَآخَرَ هَاشمَةً وَآخَرَ مُنَقِّلَةً ثُمَّ اخْتَارَ الْمَوْلى الدَّفْعَ** يُدْفَعُ إلى صَاحب الْمُوضحَة سُدُسُ العَبْد لأَنَّ لَهُ خَمْسَمائَة، وَإلى صَاحب الهَاشمَة ثُلُثُهُ لأَنَّ لهُ أَلفًا، وَإلى صَاحب الْمُنَقِّلَة نصْفُهُ لأَنَّ لَهُ أَلفًا وَخَمْسَمائَة فَيَقْتَسمُونَ الرَّقَبَةَ هَكَذَا. وَقَوْلُهُ (وَهيَ الجنَايَاتُ الْمُخْتَلفَةُ) يَعْني فَجَازَ أَنْ يَخْتَارَ في أَحَدهمْ خلافَ مَا اخْتَارَهُ في حَقِّ الآخَرِ كَمَا لوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحد منْهُمْ.

وَقَوْلُهُ (وَالحَقُّ يَجبُ للمَقْتُول) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: الحَقُّ وَإنْ كَانَ مُتَّحدًا بالنَّظَرِ إلى السَّبَب فَهُوَ مُتَعَدِّدٌ بالنَّظَرِ إلى الْمُسْتَحقِّينَ فَكَانَ الوَاجبُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ هَذه المَسْأَلَة مثْل الأُولى.

وَوَجْهُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُسْتَحقَّ مُتَعَدِّدٌ بَل هُوَ وَاحدٌ، لأَنَّ الحَقَّ يَجبُ للمَقْتُول إلخْ. لا يُقَالُ: الملكُ يَثْبُتُ للوُرَّاث حَقيقَةً وَحُكْمًا وَللمَيِّت حُكْمًا فَقَطْ، لأَنَّهُ لَيْسَ منْ أَهْل الملك حَقيقَةً فَوَجَبَ تَرْجيحُ جَانب الوَارث، لأَنَّ ملكَ المَيِّت أَصْلٌ وَملكَ الوَارث مُتَفَرِّعٌ عَلَيْه وَاعْتبَارُ الأَصْل أَوْلى.

قَال (فَإن أعتقَهُ المَولى وَهُوَ لا يَعلمُ بِالجِنَايَةِ ضَمِنَ الأقل مِن قِيمَتِهِ وَمِن أَرشِهَا، وَإن أعتقَهُ بَعدَ العِلمِ بِالجِنَايَةِ وَجَبَ عَليهِ الأرشُ) لأنَّ فِي الأوَّل فَوتُ حَقِّهِ فَيضمَنُهُ وَحَقُّهُ فِي أقَلِّهِمَا، وَلا يَصِيرُ مُختَارًا للفِدَاءِ لأنَّهُ لا اختِيَارَ بِدُونِ العِلمِ، وَفِي الثَّانِي صَارَ مُختَارًا لأنَّ الإعتَاقَ يَمنَعُهُ مِن الدَّفعِ فَالإقدَامُ عَليهِ اختِيَارٌ مِنهُ للآخَرِ، وَعَلى هَذَينِ الوَجهَينِ البَيعُ وَالهِبَةُ وَالتَّدبِيرُ وَالاستِيلادُ، لأنَّ كُل ذَلكَ مِمَّا يَمنَعُ الدَّفعَ لزَوَال المِلكِ بِهِ، بِخِلافِ الإقرَارِ عَلى رِوَايَةِ الأصل لأنَّهُ لا يَسقُطُ بِهِ حَقُّ وَليِّ الجِنَايَةِ، فَإنَّهُ المُقَرُّ لهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفعِ إليهِ. وَليسَ فِيهِ نَقلُ المِلكِ لجَوَازِ أن يَكُونَ الأمرُ كَمَا قَالهُ المُقِرُّ وَألحَقَهُ الكَرخِيُّ بِالبَيعِ وَأخَوَاتِهِ لأنَّهُ مِلكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَستَحِقُّهُ المُقَرُّ لهُ بِإقرَارِهِ فَأشبَهَ البَيعَ.

وَإطلاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَنتَظِمُ النَّفسَ وَمَا دُونَهَا، وَكَذَا المَعنَى لا يَختَلفُ وَإطلاقُ البَيعِ يَنتَظِمُ البَيعَ بِشَرطِ الخِيَارِ للمُشتَرِي لأنَّهُ يُزِيلُ المِلكَ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ وَنَقضِهِ، وَبِخِلافِ العَرضِ عَلى البَيعِ لأنَّ المِلكَ مَا زَال، وَلو بَاعَهُ بَيعًا فَاسِدًا لم يَصِر مُختَارًا حَتَّى يُسَلِّمَهُ لأنَّ الزَّوَال بِهِ، بِخِلافِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ لأنَّ مُوجَبَهُ يَثبُتُ قَبل قَبضِ البَدَل فَيَصِيرُ بِنَفسِهِ مُختَارًا، وَلو بَاعَهُ مَولاهُ مِن المَجنِيِّ عَليهِ فَهُوَ مُختَارٌ، بِخِلافِ مَا إذَا وَهَبَهُ مِنهُ؛ لأنَّ المُستَحِقَّ لهُ أخذُهُ بِغَيرِ عِوَضٍ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الهِبَةِ دُونَ البَيعِ، وَإعتَاقُ المَجنِيِّ عَليهِ بِأمرِ المَولى بِمَنزِلةِ إعتَاقِ المَولى فِيمَا ذَكَرنَاهُ، لأنَّ فِعل المَأمُورِ مُضَافٌ إليهِ، وَلو ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ فَهُوَ مُختَارٌ إذَا كَانَ عَالمًا بِالجِنَايَةِ لأنَّهُ حَبَسَ جُزءًا مِنهُ وَكَذَا إذَا كَانَت بِكرًا فَوَطِئَهَا وَإن لم يَكُن مُعلقًا لمَا قُلنَا بِخِلافِ التَّزوِيجِ لأنَّهُ عَيبٌ مِن حَيثُ الحُكمِ، وَبِخِلافِ وَطءِ الثَّيِّبِ عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لأنَّهُ لا يَنقُصُ مِن غَيرِ إعلاقٍ، وَبِخِلافِ الاستِخدَامِ لأنَّهُ لا يَختَصُّ بِالمِلكِ، وَلهَذَا لا يَسقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرطِ وَلا يَصِيرُ مُختَارًا بِالإجَارَةِ وَالرَّهنِ فِي الأظهَرِ مِن الرِّوَايَاتِ، وَكَذَا بِالإذنِ فِي التِّجَارَةِ وَإن رَكِبَهُ دَينٌ، لأنَّ الإذنَ لا يُفَوِّتُ الدَّفعَ وَلا يُنقِصُ الرَّقَبَةَ، إلا أنَّ لوَليِّ الجِنَايَةِ أن يَمتَنِعَ مِن قَبُولهِ لأنَّ الدَّينَ لحِقَهُ مِن جِهَةِ المَولى فَلزِمَ المَولى قِيمَتُهُ.

الشرح:

قَال (فَإنْ أَعْتَقَهُ المَوْلَى وَهُوَ لا يَعْلَمُ بِالجِنَايَةِ) الأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ المَسَائِل أَنَّ المَوْلَى إذَا عَلِمَ بِجِنَايَةِ العَبْدِ وَتَصَرَّفَ فِيهِ فَإِنْ تَصَرَّفَ بِمَا يُعْجِزُهُ عَنْ الدَّفْعِ صَارَ

مُخْتَارًا للفدَاءِ وَإلا فَلا، وَإذَا لَمْ يَعْلمْ بِالجنَايَةِ لَمْ يَكُنْ مُخْتَارًا للفدَاءِ لكنْ يَضْمَنُ الأَقَل مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ وَمِنْ أَرْشِ الجنَايَةِ، وَعَلى هَذَا تَخرُجُ الفُرُوعُ المَذْكُورَةُ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي قَبْل العلمِ وَبَعْدَهُ. وَقَوْلُهُ (بِخلاف الإِقْرَار عَلى رِوَايَةِ الأَصْل) يَعْنِي إذَا **جَنَى العَبْدُ جنَايَةً فَقَال وَليُّهَا هُوَ عَبْدُك فَادْفَعْهُ أَوْ افْده فَقَال هُوَ لفُلانٍ الغَائب وَديعَةٌ عنْدي أَوْ عَاريَّةٌ أَوْ إجَارَةٌ أَوْ رَهْنٌ** لا يَصيرُ مُخْتَارًا للفدَاءِ لمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ، وَلَمْ تَنْدَفِعْ عَنْهُ الخُصُومَةُ حَتَّى يُقِيمَ عَلى ذَلكَ بَيِّنَةً، إنْ أَقَامَهَا أُخِّرَ الأَمْرُ إلى قُدُومِ الغَائبِ، وَإِنْ لَمْ يُقِمْهَا خُوطِبَ بِالدَّفْعِ أَوْ الفِدَاءِ وَلا يَصِيرُ مُخْتَارًا للدِّيَةِ مَعَ تَمَكُّنِه مِنْ الدَّفْعِ، وَقَوْلُهُ (وَأَلحَقَهُ الكَرْخِيُّ بِالبَيْعِ وَأَخَوَاته) فِي صَيْرُورَتِهِ مُخْتَارًا لمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ، قَال فِي الإِيضَاحِ: وَهُوَ رِوَايَةٌ خَارِجَةٌ عَنْ الأُصُول.

وَقَوْلُهُ (وَإِطْلاقُ الجَوَابِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ ضَمِنَ الأَقَل مِنْ قِيمَتِه وَمِنْ أَرْشِهَا إلخْ. وَقِيل يُرِيدُ به قَوْلَهُ فِي أَوَّل البَابِ وَإِذَا **جَنَى العَبْدُ جنَايَةً خَطَأً** فَإِنَّهُ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا المَعْنَى لا يَخْتَلفُ) لأَنَّ كُل وَاحدٍ مَالٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يُزِيلُ الملكَ) لا خلافَ فِي ذَلكَ، وَإِنَّمَا الخلافُ فِي الدُّخُول فِي ملك المُشْتَرِي وَعَدَمِه وَلَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إليْه هَاهُنَا، وَقَوْلُهُ (بِخلاف مَا إذَا كَانَ الخيَارُ للبَائِعِ وَنَقَضَهُ، وَبِخلافِ العَرْضِ عَلى البَيْعِ) يَعْنِي لا يَصيرُ مُخْتَارًا للفدَاءِ بهمَا لأَنَّ الملكَ مَا زَال.

قِيل المُشْتَرِي بِشَرْطِ الخيَارِ **إذَا بَاعَ بِشَرْطِ الخيَارِ لنَفْسه** كَانَ مُجيزًا للبَيْعِ وَالبَائِعُ بِشَرْطِ الخيَارِ لنَفْسه إذَا عَرَضَ عَلى البَيْعِ كَانَ فَاسخًا للبَيْعِ فَلمَ لا يَكُونُ المَوْلى بِالبَيْعِ بِشَرْطِ الخيَارِ لنَفْسه أَوْ بِالعَرْضِ عَلى البَيْعِ مُخْتَارًا للفدَاءِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ ثَمَّةَ ضَرُورَةً لَمْ تَتَحَقَّقْ هَاهُنَا، وَهِيَ أَنَّهُ لوْ لَمْ يَجْعَل مُجيزًا وَفَاسخًا هُنَاكَ لكَانَ تَصَرُّفُهُ وَاقعًا فِي ملك الغَيْرِ عَلى تَقْدِيرِ تَعَذُّرِ الفَسْخِ فِي الأُولى وَتَقْدِيرِ الإِجَازَةِ فِي الثَّانيَة، وَأَمَّا هَاهُنَا فَلوْ لَمْ يُجْعَل مُخْتَارًا للفدَاءِ بِهَذَا التَّصَرُّف لَمْ يَتَبَيَّنْ بِالدَّفْعِ أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي ملك الغَيْرِ فَافْتَرَقَا، وَقَوْلُهُ (بِخلاف الكتَابَة الفَاسدَة) بِأَنْ **كَاتَبَ المُسْلمُ عَبْدَهُ الجَانِي عَلى خَمْرٍ أَوْ خنْزِيرٍ** فَإِنَّهُ يَصيرُ مُخْتَارًا للفدَاءِ لأَنَّ مُوجَبَهُ يَثْبُتُ بِنَفْسِ العَقْد وَهُوَ تَعْليقُ العتْقِ بِالأَدَاءِ فَكَانَتْ الكتَابَةُ نَظيرَ البَيْعِ الفَاسد بَعْدَ القَبْضِ.

وَقَوْلُهُ (فِيمَا ذَكَرْنَاهُ) قِيل يَعْنِي فِي اخْتيَارِ الفدَاءِ، وَقِيل فِي العلمِ بِالجنَايَة وَعَدَمه.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ) يَعْنِي بِأَنْ أَثَّرَ فِيهِ حَتَّى صَارَ مُهَزْولا أَوْ قَلتْ قِيمَتُهُ بِبَقَاءِ أَثَرِ الضَّرْبِ فَهُوَ مُخْتَارٌ إذَا كَانَ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ لأَنَّهُ حَبسَ جُزْءًا مِنْهُ، وَأَمَّا إذَا ضَرَبَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهَا كَانَ عَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الأَرْشِ إلا أَنْ يَرْضَى وَلِيُّ الدَّمِ أَنْ يَأْخُذَهُ نَاقِصًا، وَلا ضَمَانَ عَلَى المَوْلَى لأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِهِ نَاقِصًا صَارَ كَأَنَّ النُّقْصَانَ حَصَلَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا **كَانَتْ بِكْرًا فَوَطِئَهَا**) يَعْنِي يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا لِلفِدَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الوَطْءُ مُعَلِقًا لِمَا قُلنَا إنَّهُ حَبسَ جُزْءًا مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ التَّزْوِيجِ) يَعْنِي لا يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا لِلفِدَاءِ لأَنَّهُ لا يُعْجِزُهُ عَنْ الدَّفْعِ كَمَا لا يُعْجِزُهُ عَنْ البَيْعِ، وَعَلل المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ بِقَوْلِهِ (لأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الحُكْمُ) وَذَلِكَ لا يَثْبُتُ بِهِ اخْتِيَارُ الفِدَاءِ كَمَا لوْ أَقَرَّ عَلَيْهَا بِالسَّرِقَةِ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ، فَإِنَّ بِهَذَا الإِقْرَارِ يَدْخُلُهَا نَوْعُ عَيْبٍ، وَلكِنْ لَمَّا كَانَ حُكْمًا لَمْ يَثْبُتْ بِهِ اخْتِيَارُ الفِدَاءِ، وَفِيهِ إشَارَةٌ إلى رَدِّ طَعْنِ عِيسَى حَيْثُ قَال: التَّزْوِيجُ تَعْيِيبٌ وَبِالتَّعْيِيبِ يَثْبُتُ اخْتِيَارُ الفِدَاءِ كَمَا لوْ ضَرَبَ عَلى يَدَيْهَا وَعَيَّبَهَا، وَذَلكَ لأَنَّ التَّعْيِيبَ حَقِيقَةً يَثْبُتُ بِهِ اخْتِيَارُ الفِدَاءِ لأَنَّ فِيهِ حَبسَ جُزْءٍ مِنْهَا، وَأَمَّا الحُكْمِيُّ فَليْس كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ) فَإِنَّ بِهِ لا يَصِيرُ المَوْلَى مُخْتَارًا لِلفِدَاءِ مَا لَمْ يَكُنْ مُعَلِّقًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لأَنَّهُ لا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إعْلاقٍ.

وَقَوْلُهُ (عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ مُطْلقَ الوَطْءِ يَكُونُ اخْتِيَارًا لأَنَّ الحِل يَخْتَصُّ بِالملكِ فَكَانَ الوَطْءُ دَليلا عَلى إمْسَاكِ العَيْنِ. فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذَا عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَبَيْنَ البَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ؟ فَإِنَّ الوَطْءَ هُنَاكَ فَسْخٌ لِلبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَلقًا، وَهَاهُنَا لا يَكُونُ اخْتِيَارًا إلا إذَا كَانَ مُعَلقًا.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ لوْ لَمْ يُجْعَل فَسْخًا لِلبَيْعِ وَقَعَ الوَطْءُ حَرَامًا، لأَنَّهُ إذَا اخْتَارَ الفِدَاءَ بَعْدَ ذَلكَ مَلكَهَا المُشْتَرِي مِنْ حِينِ العَقْدِ وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ زَوَائِدَهَا، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الوَطْءَ حَصَل فِي غَيْرِ مِلكِهِ فَلِلتَّحَرُّزِ عَنْ ذَلكَ جَعَلنَاهُ فَسْخًا، وَهَاهُنَا إذَا دَفَعَهَا بِالجِنَايَةِ يَمْلكُهَا وَلِيُّ الجِنَايَةِ مِنْ وَقْتِ الدَّفْعِ وَلِهَذَا لا يُسَلمُ لهُ شَيْءٌ مِنْ زَوَائِدِهَا فَلا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الوَطْءَ كَانَ فِي غَيْرِ مِلكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَبِخِلافِ الاسْتِخْدَامِ) يَعْنِي لوْ **اسْتَخْدَمَ العَبْدَ الجَانِيَ بَعْدَ العِلمِ بِالجِنَايَةِ** لا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلفِدَاءِ، حَتَّى لوْ **عَطِبَ فِي الخِدْمَةِ** لا ضَمَانَ عَليْهِ لأَنَّ الاسْتِخْدَامَ لا يَخْتَصُّ بِالملكِ فَلمْ يَدُل عَلى الاخْتِيَارِ وَلا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالإِجَارَةِ.

وَالرَّهْنِ فِي الأَظْهَرِ لأَنَّ الإِجَارَةَ تَنْتَقِضُ بِالأَعْذَارِ فَيَكُونُ قِيَامُ حَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ فيه عُذْرًا فِي نَقْضِ الإِجَارَةِ وَالرَّاهِنُ يَتمكَّنُ مِنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَاسْتِرْدَادِ الرَّهْنِ مَتَى شَاءَ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ عَجْزُهُ عَنْ الدَّفْعِ بِهَذَيْنِ الفِعْلَيْنِ فَلا يُجْعَلُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا لِلفِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (في الأَظْهَرِ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الأَصْلِ أَنَّهُ يَكُونُ مُخْتَارًا لِلإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ لأَنَّهُ أَثْبَتَ عَلَيْهِ يَدًا مُسْتَحَقَّةً فَصَارَ كَالبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا بِالإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ) يَعْنِي لا يَكُونُ بِهِ مُخْتَارًا لأَنَّهُ لا يُعْجِزُهُ عَنْ الدَّفْعِ وَلا يُنْقِصُ الرَّقَبَةَ (إلا أَنَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ قَبُولِه لأَنَّ الدَّيْنَ لَحِقَهُ مِنْ جِهَةِ المَوْلى) وَوُجُوبُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ العَبْدِ نُقْصَانٌ لهُ، لأَنَّ الغُرَمَاءَ يَتْبَعُونَ وَلِيَّ الجِنَايَةِ إِذَا دُفِعَ إِلَيْهِ فَلهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ قَبُولِه.

قال (وَمَن قَال لعَبدِهِ إن قتَلت فُلانًا أو رَمَيته أو شَجَجته فأنتَ حُرٌّ) فهُوَ مُختَارٌ للفِداءِ إن فعَل ذَلكَ (وقَال زُفَرُ: لا يَصِيرُ مُختَارًا للفِداءِ لأنَّ وَقتَ تَكلُّمِهِ لا جِنايَةَ وَلا عِلمَ لهُ بِوُجُودِهِ، وَبَعدَ الجِنَايَةِ لم يُوجَد مِنهُ فِعلٌ يَصِيرُ بِهِ مُختَارًا)؛ ألا تَرَى أنَّهُ لو علَقَ الطَّلاقَ أو العَتَاقَ بِالشَّرطِ ثُمَّ حَلفَ أن لا يُطلِّقَ أو لا يُعتِقَ وُجِدَ الشَّرطُ وَثَبَتَ العِتقُ وَالطَّلاقُ لا يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ تِلكَ، كَذَا هَذَا. وَلنَا أنَّهُ علَقَ الإعتَاقَ بِالجِنَايَةِ وَالمُعلَقُ بِالشَّرطِ يُنَزَّلُ عِندَ وُجُودِ الشَّرطِ كَالمُنجَّزِ فصَارَ كَمَا إذَا أعتَقَهُ بَعدَ الجِنَايَةِ؛ ألا يَرَى أنَّ مَن قَال لامرَأتِهِ إن دَخَلت الدَّارَ فَوَاللهِ لا أقرَبُك يَصِيرُ ابتِدَاءُ الإِيلاءِ مِن وَقتِ الدُّخُولِ، وَكَذَا إذَا قَال لهَا إذَا مَرِضت فَأنتِ طَالقٌ ثَلاثًا فمَرِضَ حَتَّى طَلُقَت وَمَاتَ مِن ذَلكَ المَرَضِ يَصِيرُ فَارًّا لأنَّهُ يَصِيرُ مُطَلِّقًا بَعدَ وُجُودِ المَرَضِ، بِخِلافِ مَا أورَدَ لأنَّ غَرَضَهُ طَلاقٌ أو عِتقٌ يُمكِنُهُ الامتِنَاعُ عَنهُ، إذ اليَمِينُ للمَنعِ فَلا يَدخُلُ تَحتَهُ مَا لا يُمكِنُهُ الامتِنَاعُ عَنهُ، وَلأنَّهُ حَرَّضَهُ عَلى مُبَاشَرَةِ الشَّرطِ بِتَعلِيقِ أقوَى الدَّوَاعِي إلَيهِ وَالظَّاهِرُ أنَّهُ يَفعَلُهُ، فَهَذَا دَلالَةُ الاختِيَارِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ قَال لعَبْده إنْ قَتَلت فُلانًا) وَمَنْ عَلقَ عِتْقَ عَبْده بِجِنَايَةٍ تُوجِبُ الدِّيَةَ مِثْلُ أَنْ يَقُول: إنْ قَتَلت أَوْ رَمَيْته أَوْ شَجَجْته فَأَنْتَ حُرٌّ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلفِدَاءِ إِنْ فَعَل ذَلِكَ خِلافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، لأَنَّ اخْتِيَارَ الفِدَاءِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الجِنَايَةِ وَالعِلمِ بِهَا، وَعِنْدَ التَّكَلُّمِ لَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ، وَبَعْدَ الجِنَايَةِ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا،

وَاسْتَشْهَدَ بِالْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ حَرَّضَهُ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمَوْلَى حَرَّضَ الْعَبْدَ عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ وَهُوَ الْقَتْلُ أَوْ الرَّمْيُ أَوْ الشَّجُّ (بِتَعْلِيقِ أَقْوَى الدَّوَاعِي إلَيْهِ) أَيْ إلَى الشَّرْطِ وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ (وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ بِفِعْله) رَغْبَةً مِنْهُ فِي الْحُرِّيَّةِ (وَهَذَا دَلَالَةُ الِاخْتِيَارِ) وَإِنَّمَا قُلْنَا بِجِنَايَةٍ لِأَنَّهُ لَوْ **عَلَقَهُ بِغَيْرِهَا مِثْلُ أَنْ يَقُول لِعَبْدِه إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ جَنَى ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ** فَإِنَّ الْمَوْلَى لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ بِالِاتِّفَاقِ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ عِنْدَ التَّعْلِيقِ، بِخِلَافِ مَا إذَا عَلقَ بِالْجِنَايَةِ فَإِنَّهُ عَلقَ بِهَا أَقْوَى الدَّوَاعِي إلَيْهِ.

وَالظَّاهِرُ وُجُودُهَا فَكَانَ عَالِمًا بِهَا ظَاهِرًا، وَإِنَّمَا قُلْنَا بِجِنَايَةٍ تُوجِبُ الدِّيَةَ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ تُوجِبُ الْقِصَاصَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَوْلَى شَيْءٌ وَإِنَّمَا هُوَ عَلَى الْعَبْدُ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِالرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ فَلَمْ يُفَوِّتْ الْمَوْلَى عَلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ بِتَعْلِيقِهِ شَيْئًا.

قَال (وَإِذَا قَطَعَ العَبدُ يَدَ رَجُلٍ عَمداً فَدُفِعَ إليهِ بِقَضَاءٍ أَو بِغَيرِ قَضَاءٍ فَأَعتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِن قَطعِ اليَدِ فَالعَبدُ صُلحٌ بِالجِنَايَةِ، وَإن لم يُعتِقهُ رُدَّ على المَولى وَقِيل لِلأَولِيَاءِ أَقتُلُوهُ أَو اُعفُوا عَنهُ) وَوَجهُ ذَلكَ وَهُوَ أَنَّهُ إذَا لم يُعتِقهُ وَسَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلحَ وَقَعَ بَاطِلا لأَنَّ الصُّلحَ كَانَ عَن المَالِ؛ لأَنَّ أَطرَافَ العَبدِ لا يَجرِي القِصَاصُ بَينَهَا وَبَينَ أَطرَافِ الحُرِّ فَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ المَال غَيرُ وَاجِبٍ، وَإِنَّمَا الوَاجِبُ هُوَ القَوَدُ فَكَانَ الصُّلحُ وَاقِعًا بِغَيرِ بَدَلٍ فَبَطَل وَالبَاطِلُ لا يُورِثُ الشُّبهَةَ، كَمَا إذَا وَطِئَ المُطَلقَةَ الثَّلاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ العِلمِ بِحُرمَتِهَا عَليهِ فَوَجَبَ القِصَاصُ، بِخِلافِ مَا إذَا أَعتَقَهُ لأَنَّ إقدَامَهُ عَلى الإِعتَاقِ يَدُلُّ عَلى قَصدِهِ تَصحِيحَ الصُّلحِ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَن أَقدَمَ عَلى تَصَرُّفٍ يَقصِدُ تَصحِيحَهُ وَلا صِحَّةَ لهُ إلا وَأَن يُجعَل صُلحًا عَن الجِنَايَةِ وَمَا يَحدُثُ مِنهَا وَلِهَذَا لو نَصَّ عَليهِ وَرَضِيَ المَولى بِهِ يَصِحُّ وَقَد رَضِيَ المَولى بِهِ لأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَونِ العَبدِ عِوَضًا عَن القَلِيل يَكُونُ أَرضَى بِكَونِهِ عِوَضًا عَن الكَثِيرِ فَإِذَا أُعتِقَ يَصِحُّ الصُّلحُ فِي ضِمنِ الإِعتَاقِ ابتِدَاءً وَإِذَا لم يُعتِق لم يُوجَد الصُّلحُ ابتِدَاءً وَالصُّلحُ الأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلا فَيُرَدُّ العَبدُ إلى المَولى وَالأَولِيَاءُ عَلى خِيرَتِهِم فِي العَفوِ وَالقَتلِ.

وَذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمدًا فَصَالحَ القَاطِعُ المَقطُوعَةَ يَدَهُ عَلى عَبدٍ وَدَفَعَهُ إليهِ فَأَعتَقَهُ المَقطُوعَةُ يَدُهُ ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلكَ فَالعَبدُ صُلحٌ بِالجِنَايَةِ إلى

آخِرِ مَا ذَكَرنَا مِن الرِّوَايَةِ. وَهذَا الوَضعُ يَرِدُ إشكَالا فِيمَا إذَا عفَا عَن اليَدِ ثُمَّ سَرَى إلى النَّفسِ وَمَاتَ حَيثُ لا يَجِبُ القِصَاصُ هُنَالك، وَهَاهُنَا قَال يَجِبُ. قِيل مَا ذُكِرَ هَاهُنَا جَوَابُ القِيَاسِ فَيَكُونُ الوَضعَانِ جَمِيعًا عَلى القِيَاسِ وَالاستِحسَانِ. وَقِيل بَينَهُمَا فَرقٌ، وَوَجهُهُ أنَّ العَفوَ عَن اليَدِ صَحَّ ظَاهِرًا لأنَّ الحَقَّ كَانَ لهُ فِي اليَدِ مِن حَيثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ العَفوُ ظَاهِرًا، فَبَعدَ ذَلكَ وَإن بَطَل حُكمًا يَبقَى مَوجُودًا حَقِيقَةً فَكفَى ذَلكَ لمَنعِ وُجُوبِ القِصَاصِ. أَمَّا هَاهُنَا الصُّلحُ لا يُبطِلُ الجِنَايَةَ بَل يُقَرِّرُهَا حَيثُ صَالحَ عَنهَا عَلى مَالٍ، فَإِذَا لم يُبطِل الجِنَايَةَ لم تَمتَنِع العُقُوبَةُ، هَذَا إذَا لم يُعتِقهُ، أَمَّا إذَا أَعتَقَهُ فَالتَّخرِيجُ مَا ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ ذَلكَ) يُريدُ بَيَانَ الفَرْقِ بَيْنَ مَا إذَا أَعْتَقَ وَبَيْنَ مَا إذَا لَمْ يُعْتِقْ (أَنَّهُ إذَا لَمْ يُعْتِقْهُ وَسَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلحَ) أَيْ الدَّفْعَ (وَقَعَ بَاطلا) وَسَمَّاهُ صُلحًا بنَاءً عَلى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ المَشَايخِ رَحِمَهُمُ اللهُ أَنَّ المُوجَبَ الأَصْليَّ هُوَ الفدَاءُ فَكَانَ الدَّفْعُ بمَنْزلَة الصُّلحِ لسُقُوطِ مُوجَبِ الجنَايَة به، وَإنَّمَا وَقَعَ بَاطلا لأَنَّهُ كَانَ عَنْ المَال لعَدَم جَرَيَان القصَاص بَيْنَ أَطْرَاف الأَحْرَار وَالعَبيد، وَإذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ المَال لَمْ يَكُنْ وَاجبًا، وَإنَّمَا الوَاجبُ هُوَ القصَاصُ فكَانَ الصُّلحُ وَاقعًا بِغَيْرِ بَدَل: يَعْني المُصَالحَ عَنْهُ، لأَنَّ الذي كَانَ الصُّلحُ وَقَعَ عَنْهُ وَهُوَ المَالُ قَدْ زَال، وَالذي وُجدَ منْ القَتْل لَمْ يَكُنْ وَقْتَ الصُّلحِ فَبَطَل، وَالبَاطلُ لا يُورثُ شُبْهَةً.

كَمَا إذَا طَلقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا ثُمَّ وَطئَهَا في العدَّة مَعَ العلم بحُرْمَتها عَليْه فَإنَّهُ لا يَصيرُ شُبْهَةً لدَرْء الحَدِّ فَوَجَبَ القصَاصُ. بخلاف مَا إذَا أَعْتَقَهُ لأَنَّ إقْدَامَهُ عَلى الإعْتَاق يَدُلُّ عَلى قَصْده تَصْحيحَ الصُّلحِ، لأَنَّ الظَّاهرَ منْ حَال العَاقل أَنَّهُ إذَا أَقْدَمَ عَلى تَصَرُّف يَقْصدُ تَصْحيحَهُ، وَلا صحَّةَ لهَذَا الصُّلحِ إلا بجَعْله صُلحًا عَنْ الجنَايَة وَمَا يَحْدُثُ منْهَا فَيُجْعَلُ مُصَالحًا عَنْ ذَلكَ مُقْتَضَى الإقْدَام عَلى الإعْتَاق.

وَيُجْعَلُ المَوْلى أَيْضًا كَذَلكَ دَلالةً، لأَنَّهُ لمَّا رَضيَ يَكُونُ العَبْدُ عوَضًا عَنْ القَليل كَانَ بكَوْنه عوَضًا عَنْ الكَثير أَرْضَى، وَشَرْطُ صحَّةُ الاقْتضَاء وَهُوَ إمْكَانُ المُقْتَضي مَوْجُودٌ، وَلهَذَا لوْ نَصَّ عَلى ذَلكَ وَرَضيَ به المَوْلى صَحَّ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ إذَا أَعْتَقَ حَصَل بَيْنَهُمَا

صُلحٌ جَديدٌ ابْتدَاءً، وَإِذَا لَمْ يُعْتِقْ لَمْ يُوجَدْ الصُّلحُ ابْتداءً، وَالصُّلحُ الأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلا فَيُرَدُّ العَبْدُ إلى المَوْلى وَالأَوْلِيَاءُ عَلى خيرَتهِمْ فِي العَفْوِ وَالقَتْل. وَقَوْلُهُ (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ) قَال الإِمَامُ فَخرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللهُ وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ هَذَا الكِتَاب: أَيْ كِتَابِ الجَامِعِ الصَّغيرِ هَذه المَسْأَلةَ عَلى خلافِ هَذَا الوَضْعِ.

وَسَاقَ الكَلامَ مثْل مَا ذُكِرَ فِي الهِدَايَة، وَبَعْضُ الشَّارِحينَ عَبَّرَ عَنْ النُّسْخَةِ الأُولى بِالنُّسْخَةِ المَعْرُوفَةِ وَعَنْ الثَّانيَةِ بِغَيْرِ المَعْرُوفَة. وَقَوْلُهُ (إلى آخرِ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يُعْتِقْهُ رُدَّ إلى مَوْلاهُ وَيُجْعَلُ الأَوْلِيَاءُ عَلى خيرَتهِمْ بَيْنَ القَتْلِ وَالعَفْوِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا الوَضْعُ يَرِدُ إِشْكَالا) قِيل أَيْ الوَضْعُ الثَّانِي وَهُوَ النُّسْخَةُ الغَيْرُ المَعْرُوفَةُ، وَإِنَّمَا خَصَّ هَذَا الوَضْعَ بِوُرُودِ الإِشْكَال لأَنَّهُ دَفَعَ العَبْدَ فِي هَذَا الوَضْعِ بِطَرِيقِ الصُّلحِ وَالصُّلحُ مُتَضَمِّنٌ لِلعَفْوِ لأَنَّهُ يُنْبِئُ عَنْ الحَطِيطَةِ فَيَكُونُ هَذَا نَظِيرَ العَفْوِ، وَلا كَذَلكَ الوَضْعُ الأَوَّلُ لأَنَّ الدَّفْعَ ثَمَّةَ لَيْسَ بِطَرِيقِ الصُّلحِ بَل بِطَرِيقِ الدَّفْعِ، فَلمَّا لَمْ يَكُنْ بِطَرِيقِ الصُّلحِ لَمْ يَكُنْ فِيه حَطُّ شَيْءٍ فَلا يَرِدُ إِشْكَالا عَلى مَسْأَلة العَفْوِ، وَقِيل هَذَا الوَضْعُ: أَيْ وَضْعُ الجَامِعِ الصَّغيرِ فِي النُّسْخَةِ المَعْرُوفَةِ وَغَيْرِهَا يَرِدُ إِشْكَالا فِيمَا إِذَا **عَفَا عَنْ اليَدِ وَسَرَى إلى النَّفْسِ وَمَاتَ** حَيْثُ لا يَجِبُ القِصَاصُ هُنَاكَ.

وَهَاهُنَا قَال يَجِبُ. وَاخْتَلفَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللهُ فِي الجَوَابِ عَنْ ذَلكَ، فَقَال بَعْضُهُمْ: مَا ذَكَرَ هَاهُنَا مِنْ وُجُوبِ القِصَاصِ جَوَابُ القِيَاسِ فَيَكُونُ الوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلى القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَان: يَعْنِي وُجُوبَ القِصَاصِ فِي هَذه المَسْأَلة عَلى النُّسْخَتَيْنِ جَوَابُ القِيَاسِ، وَفِي الاسْتِحْسَانِ تَجِبُ الدِّيَةُ، وَفِي مَسْأَلة العَفْوِ وُجُوبُ الدِّيَة جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ، وَفِي القِيَاسِ يَجِبُ القِصَاصُ فَكَانَ الوَضْعُ فِي هَذه المَسْأَلةِ وَتلكَ عَلى القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَان، فَانْدَفَعَ التَّدَافُعُ وَحَصَل التَّوَافُقُ.

وَقَال بَعْضُهُمْ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَهُوَ أَنَّ العَفْوَ عَنْ اليَدِ صَحَّ ظَاهِرًا، لأَنَّ الحَقَّ لهُ كَانَ فِي اليَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ (فَيَصِحُّ العَفْوُ ظَاهِرًا) وَتَبْطُلُ بِه الجِنَايَةُ كَذَلكَ لأَنَّ العَفْوَ عَنْهَا يُبْطِلُهَا (فَبَعْدَ ذَلكَ وَإِنْ بَطَل العَفْوُ بِالسِّرَايَة حُكْمًا يَبْقَى مَوْجُودًا حَقِيقَةً) وَذَلكَ كَافٍ لمَنْعِ وُجُوبِ القِصَاصِ (أَمَّا هَاهُنَا فَالصُّلحُ لا يُبْطِلُ الجِنَايَةَ بَل يُقَرِّرُهَا حَيْثُ صَالحَ عَنْهَا عَلى مَالٍ، فَإِذَا لَمْ تَمْتَنِعْ الجِنَايَةُ لَمْ يَمْتَنِعْ العُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ، أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ عَلى

مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ إلخْ.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى العَبدُ المَأذُونُ لهُ جِنَايَةً وَعَلَيهِ أَلفُ دِرهَمٍ فَأَعتَقَهُ المَولى وَلَم يَعلم بِالجِنَايَةِ فَعَلَيهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لصَاحِبِ الدَّينِ، وَقِيمَةٌ لأَولِيَاءِ الجِنَايَةِ) لأَنَّهُ أَتلفَ حَقَّينِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَضمُونٌ بِكُلِّ القِيمَةِ عَلَى الانفِرَادِ: الدَّفعُ للأَولِيَاءِ، وَالبَيعُ للغُرَمَاءِ، فَكَذَا عِندَ الاجتِمَاعِ. وَيُمكِنُ الجَمعُ بَينَ الحَقَّينِ إِيفَاءً مِن الرَّقَبَةِ الوَاحِدَةِ بِأَن يُدفَعَ إِلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ للغُرَمَاءِ فَيَضمَنُهَا بِالإِتلافِ بِخِلافِ مَا إِذَا أَتلفَهُ أَجنَبِيٌّ حَيثُ تَجِبُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ للمَولى وَيَدفَعُهَا المَولى إِلى الغُرَمَاءِ، لأَنَّ الأَجنَبِيَّ إِنَّمَا يَضمَنُ للمَولى بِحُكمِ المِلكِ فَلا يَظهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ لأَنَّهُ دُونَهُ، وَهَاهُنَا يَجِبُ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِإِتلافِ الحَقِّ فَلا تَرجِيحَ فَيَظهَرَانِ فَيَضمَنُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ وَقِيمَةٌ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ) يَعْنِي إذَا كَانَتْ القِيمَةُ أَقَلَّ مِنْ الأَرْشِ. وَقَوْلُهُ (أَتْلَفَ حَقَّيْنِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا بِكُلِّ القِيمَةِ عَلَى الانْفِرَادِ كَوْنُهُ كَذَلِكَ عِنْدَ الاجْتِمَاعِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَا مُتَنَافِيَيْنِ فَلا يَجْتَمِعَانِ لِيَكُونَ الإِتْلافُ وَارِدًا عَلَيْهِمَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُمْكِنٌ أَيْضًا مِنْ الرَّقَبَةِ الوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلغُرَمَاءِ فَيَكُونُ الإِتْلافُ وَارِدًا عَلَيْهِمَا فَيَضْمَنُهُمَا بِهِ وَالأَصْلُ أَنَّ العَبْدَ إذَا جَنَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُخَيَّرُ المَوْلَى بَيْنَ الدَّفْعِ وَالفِدَاءِ فَإِنْ دَفَعَ بِيعَ فِي دَيْنِ الغُرَمَاءِ.

فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ لأَصْحَابِ الوَلاءِ، وَإِنَّمَا بَدَأْنَا بِالدَّفْعِ لأَنَّ بِهِ تَوْفِيرَ الحَقَّيْنِ فَإِنَّ حَقَّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ يَصِيرُ مُوَفًّى بِالدَّفْعِ ثُمَّ يُبَاعُ بَعْدَهُ لأَرْبَابِ الدُّيُونِ، وَمَتَى بَدَأْنَا بِدَفْعِهِ فِي الدَّيْنِ تَعَذَّرَ الدَّفْعُ بِالْجِنَايَةِ لأَنَّهُ تَجَدَّدَ لِلمُشْتَرِي المِلكُ وَلَمْ يُوجَدْ فِي يَدِهِ جِنَايَةٌ. فَإِنْ قِيلَ: مَا فَائِدَةُ الدَّفْعِ إذَا كَانَ البَيْعُ بِالدَّيْنِ بَعْدَهُ وَاجِبًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِثْبَاتُ حَقِّ الاسْتِخْلاصِ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ بِالدَّيْنِ، فَإِنَّ لِلنَّاسِ فِي الأَعْيَانِ أَغْرَاضًا، وَإِنَّمَا لَمْ يَبْطُل الدَّيْنُ بِحُدُوثِ الْجِنَايَةِ لأَنَّ مُوجَبَهَا صَيْرُورَتُهُ حُرًّا، فَإِذَا كَانَ مَشْغُولا وَجَبَ دَفْعُهُ مَشْغُولا، ثُمَّ إذَا بِيعَ وَفَضَلَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْءٌ صُرِفَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ لأَنَّهُ بِيعَ عَلَى مِلكِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِالدَّيْنِ تَأَخَّرَ إِلَى حَالِ الْحُرِّيَّةِ كَمَا لَوْ بِيعَ عَلَى مِلكِ المَوْلَى الأَوَّلِ،

وَإِنَّمَا قَيَّدَ المَسْأَلَةَ بِعَدَمِ العِلمِ لِيَبْنِيَ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتَان.

لأَنَّهُ لوْ أَعْتَقَهُ وَهُوَ عَالِمٌ بِالجِنَايَةِ كَانَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ إِذَا كَانَتْ الجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ لأَوْلِيَائِهَا، وَقِيمَةُ العَبْدِ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ لأَنَّ الإِعْتَاقَ بَعْدَ العِلمِ بِالجِنَايَةِ يُوجِبُ الأَرْشَ دُونَ القِيمَةِ وَقَدْ مَرَّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ) وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (فَلا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ) يَعْنِي حَقَّ الدَّفْعِ (لأَنَّهُ دُونَهُ) أَيْ الحَقُّ دُونَ المِلكِ فَيَكُونُ الحَقُّ مَعَ المِلكِ مَرْجُوحًا.

قَال (وَإِذَا استَدَانَت الأَمَةُ المَأذُونُ لهَا أَكثَرَ مِن قِيمَتِهَا ثُمَّ وَلدَت فَإِنَّهُ يُبَاعُ الوَلدُ مَعَهَا فِي الدَّينِ، وَإِن جَنَت جِنَايَةً لم يُدفَع الوَلدُ مَعَهَا) وَالفَرقُ أَنَّ الدَّينَ وَصفٌ حُكمِيٌّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا استِيفَاءً فَيَسرِي إِلى الوَلدِ كَوَلدِ المَرهُونَةِ، بِخِلافِ الجِنَايَةِ لأَنَّ وُجُوبَ الدَّفعِ فِي ذِمَّةِ المَولى لا فِي ذِمَّتِهَا، وَإِنَّمَا يُلاقِيهَا أَثَرُ الفِعل الحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفعُ وَالسِّرَايَةُ فِي الأَوصَافِ الشَّرعِيَّةِ دُونَ الأَوصَافِ الحَقِيقِيَّةِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا **اسْتَدَانَتْ الأَمَةُ المَأْذُونُ لهَا ثُمَّ وَلدَتْ**) فَرْقٌ بَيْنَ وِلادَةِ الأَمَةِ بَعْدَ اسْتِدَانَتِهَا وَبَيْنَ وِلادَتِهَا بَعْدَ جِنَايَتِهَا فِي أَنَّ الوَلدَ يُبَاعُ مَعَهَا فِي الأُولى دُونَ الثَّانِيَةِ، فَإِنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً حَتَّى صَارَ المَوْلى مَمْنُوعًا مِنْ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهَا بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا فَكَانَتْ مِنْ الأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ القَارَّةِ فِي الأُمِّ فَتَسْرِي إِلى الوَلدِ كَالكِتَابَةِ وَالتَّدْبِيرِ وَالرَّهْنِ. وَأَمَّا مُوجَبُ الجِنَايَةِ فَالدَّفْعُ أَوْ الفِدَاءُ وَذَلِكَ فِي ذِمَّةِ المَوْلى لا فِي ذِمَّتِهَا حَتَّى لا يَصِيرَ المَوْلى مَمْنُوعًا مِنْ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهَا بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ اسْتِخْدَامٍ (وَإِنَّمَا يُلاقِيهَا أَثَرُ الفِعْلِ الحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفْعُ) فَلا يَسْرِي إِلى الوَلدِ لِكَوْنِهِ وَصْفًا غَيْرَ قَارٍّ حَصَل عِنْدَ الدَّفْعِ.

وَقَوْلُهُ (وَالسِّرَايَةُ فِي الأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الأَوْصَافِ الحَقِيقِيَّةِ) بِنَاءً عَلى أَنَّ الوَصْفَ الحَقِيقِيَّ فِي مَحَلٍّ لا يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَقِل إِلى غَيْرِهِ، وَأَمَّا الوَصْفُ الشَّرْعِيُّ فَهُوَ أَمْرٌ اعْتِبَارِيٌّ يَتَحَوَّلُ بِتَحَوُّلِهِ، وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا لا نُسَلِّمُ أَنَّ دَيْنَ الأَمَةِ فِي ذِمَّتِهَا، فَإِنَّ المَوْلى إِنْ أَعْتَقَهَا ضَمِنَ قِيمَتَهَا، وَلوْ كَانَ فِي ذِمَّتِهَا لمَا ضَمِنَ كَمَا لوْ قَتَل مَدْيُونٌ إِنْسَانًا فَإِنَّهُ لا يَضْمَنُ دَيْنَهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَوْ كَانَ صَحِيحًا لَمَا سَرَى أَثَرُ الدَّفْعِ إِلَى أَرْشٍ اسْتَحَقَّتْهُ بِجِنَايَةٍ جَنَى بِهَا عَلَيْهَا جَانٍ وَدَفَعَهُ إِلَيْهَا بِطَرِيقِ الأَوْلَى لَمَا أَنَّ وَلَدَهَا جُزْؤُهَا وَأَرْشُهَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلَمَّا لَمْ يَسْرِ إِلَى جُزْئِهَا لِكَوْنِهِ أَثَرَ فِعْلٍ حَقِيقِيٍّ كَانَ أَوْلَى أَنْ لا يَسْرِيَ إِلَى مَا لَيْسَ بِجُزْءٍ مِنْهَا. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ وُجُوبَ ضَمَانِ قِيمَةِ العَبْدِ المَدْيُونِ عَلَى المَوْلَى لِتَفْوِيتِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ.

حَقُّ الغُرَمَاءِ بَيْعًا وَاسْتِيفَاءً مِنْ ثَمَنِهِ لا بِاعْتِبَارِ وُجُوبِ الدَّيْنِ عَلَى المَوْلَى، وَإِلا لَوَجَبَ عَلَيْهِ إِيفَاءُ الدُّيُونِ لا ضَمَانُ قِيمَةِ العَبْدِ، وَإِنَّمَا لا يَضْمَنُ القَاتِلُ دَيْنَ مَنْ قَتَلَهُ لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ بَيْنَ المُتْلَفِ وَهُوَ الدَّيْنُ وَمَا يُقَابِلُهُ مِنْ العَيْنِ ضَمَانًا، وَضَمَانُ العُدْوَانِ يَعْتَمِدُ المُمَاثَلَةَ وَهِيَ مَسْأَلَةُ المَنَافِعِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ، لا يُقَالُ: هَذَا المَانِعُ مَوْجُودٌ فِي صُورَةِ النِّزَاعِ فَهَلا أُعْتُبِرَ لأَنَّ الإِتْلافَ هُنَاكَ لاقَى مَحَلا يُمْكِنُ الاسْتِيفَاءُ مِنْ ثَمَنِهِ، بِخِلافِ صُورَةِ النَّقْضِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا كَانَ تَخْصِيصُ العلة. قُلت: مُخَلِّصُهُ مَعْلُومٌ.

وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ الأَرْشَ بَدَلُ جُزْءٍ مُتَّصِلٍ فَاتَ بِالجِنَايَةِ وَوَلِيُّ الجِنَايَةِ قَدْ اسْتَحَقَّهَا بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا فَمَا فَاتَ مِنْ الأَجْزَاءِ بِعِوَضٍ قَامَ العِوَضُ مَقَامَهُ، كَمَا لَوْ قُتِلَتْ وَأَخَذَ المَوْلَى قِيمَتَهَا كَانَ عَلَيْهِ دَفْعُهَا إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ، بِخِلافِ الوَلَدِ فَإِنَّهُ بَعْدَ الانْفِصَالِ لَيْسَ بِجُزْءٍ وَلا بَدَلا عَنْ جُزْءٍ.

قَال (وَإِذَا كَانَ العَبدُ لِرَجُلٍ زَعَمَ رَجُلٌ آخَرُ أَنَّ مَولاهُ أَعتَقَهُ فَقَتَلَ العَبدُ وَلِيًّا لِذَلِكَ الرَّجُلِ الزَّاعِمِ خَطَأً فَلا شَيءَ لَهُ) لأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَولاهُ أَعتَقَهُ فَقَد ادَّعَى الدِّيَةَ عَلَى العَاقِلَةِ وَأَبرَأَ العَبدَ وَالمَولى إِلا أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ عَلَى العَاقِلَةِ مِن غَيرِ حُجَّةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ لِرَجُلٍ) صُورَتُهُ المَذْكُورَةُ ظَاهِرَةٌ، وَذَكَرَ فِي الكِتَابِ **الإِقْرَارَ بِالحُرِّيَّةِ قَبْلَ الجِنَايَةِ**. وَفِي المَبْسُوطِ بَعْدَهَا، وَلا تَفَاوُتَ فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (**وَإِبْرَاءُ العَبْدِ**) **يَعْنِي مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ لا مِنْ قِسْطِهِ فِيهَا**، وَإِبْرَاءُ المَوْلَى لأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ بَعْدَ الجِنَايَةِ إِعْتَاقًا حَتَّى يَصِيرَ بِهِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ أَوْ مُسْتَهْلِكًا حَقَّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ عَلَى أَخْذِ العَبْدِ بَعْدَ هَذَا الإِقْرَارِ وَلا عَلَى المَوْلَى بِشَيْءٍ وَلا عَلَى العَاقِلَةِ إِلا بِحُجَّةٍ.

قَال (وَإذَا أُعتِقَ العَبدُ فقَال لرَجُلٍ قَتَلتُ أخَاك خَطأً وَأنَا عَبدٌ وَقَال الآخَرُ قَتَلته وَأنت حرٌ فَالقَولُ قَولُ العَبدِ) لأنَّهُ مُنكرٌ للضَّمَانِ لمَا أنَّهُ أسنَدَهُ إلى حَالةٍ مَعهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ للضَّمَانِ، إذ الكَلامُ فِيمَا إذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ العَبدِ عَلى المَولى دَفعًا أو فِدَاءً، وَصَارَ كَمَا إذَا قَال البَالغُ العَاقِلُ طَلقت امرَأتِي وَأنَا صَبِيٌّ أو بِعت دَارِي وَأنَا صَبِيٌّ، أو قَال طَلقت امرَأتِي وَأنَا مَجنُونٌ أو بِعت دَارِي وَأنَا مَجنُونٌ وَقَد كَانَ جُنُونُهُ مَعرُوفًا كَانَ القَولُ قَولهُ لمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أُعْتِقَ العَبْدُ) يَعْنِي إذَا أُعْتِقَ عَبْدٌ مَعْرُوفٌ بِالرِّقِّ **(فَقَال لرَجُلٍ قَتَلت أَخَاك خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ وَقَال الآخَرُ بَل قَتَلته وَأَنْتَ حُرٌّ** فَالقَوْلُ قَوْلُ العَبْدِ لأَنَّهُ مُنْكرٌ للضَّمَانِ) لأَنَّهُ أَسْنَدَ إقْرَارَهُ إلى حَالةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ للضَّمَانِ عَليْه، إذْ الكَلامُ فِي عَبْدٍ مَعْرُوفِ الرِّقِّ وَالوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ العَبْدِ عَلى المَوْلى دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ العَبْدَ قَدْ ادَّعَى تَارِيخًا سَابِقًا فِي إقْرَارِهِ وَالمَقَرُّ لهُ مُنْكرٌ لذَلكَ التَّارِيخِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ القَوْلُ قَوْلهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّارِيخِ للتَّرْجِيحِ بَعْدَ وُجُودِ أَصْلِ الإِقْرَارِ، وَهَاهُنَا هُوَ مُنْكرٌ لأَصْله فَصَارَ كَمَنْ يَقُولُ لعَبْده أَعْتَقْتُك قَبْل أَنْ تُخْلقَ أَوْ خُلقَ. وَقَوْلُهُ (كَانَ القَوْلُ قَوْلهُ) يَعْنِي مَعَ يَمِينِه. وَقَوْلُهُ (لمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلهِ لأَنَّهُ مُنْكرٌ للضَّمَانِ.

قَال (وَمَن أعتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ قَال لهَا قَطَعتُ يَدَك وَأنت أمَتِي وَقَالت قَطَعتَهَا وَأنَا حُرَّةٌ فَالقَولُ قَولُهَا، وَكَذَلكَ كُلُّ مَا أُخِذَ مِنهَا إلا الجِمَاعَ وَالغَلةَ استِحسَانًا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَضمَنُ إلا شَيئًا قَائِمًا بِعَينِهِ يُؤمَرُ بِردِّهِ عَليهَا) لأنَّهُ مُنكرٌ وُجُوبَ الضَّمَانِ لإِسنَادِهِ الفِعل إلى حَالةٍ مَعهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لهُ كَمَا فِي المَسأَلةِ الأُولى وَكَمَا فِي الوَطءِ وَالغَلةِ. وَفِي الشَّيءِ القَائِمِ أقَرَّ بِيَدِهَا حَيثُ اعتَرَفَ بِالأَخذِ مِنهَا ثُمَّ ادَّعَى التَّمَلُّكَ عَليهَا وَهِيَ مُنكِرَةٌ وَالقَولُ قَولُ المُنكِرِ فَلهَذَا يُؤمَرُ بِالرَّدِّ إليهَا، وَلهُمَا أنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ فَلا يَكُونُ القَولُ قَولهُ كَمَا إذَا قَال لغَيرِهِ فَقَأتُ عَينَكَ اليُمنَى وَعَينِي اليُمنَى صَحِيحَةٌ ثُمَّ فُقِئَت وَقَال المُقرُّ لهُ: لا بَل فَقَأتَهَا وَعَينُك اليُمنَى مَفقُوءَةٌ فَإِنَّ القَول قَولُ المُقرِّ لهُ، وَهَذَا لأنَّهُ مَا أَسنَدَهُ إلى حَالةٍ مُنَافِيَةٍ للضَّمَانِ لأنَّهُ يَضمَنُ يَدَهَا لو قَطَعَهَا وَهِيَ مَديُونَةٌ، وَكَذَا يَضمَنُ مَال الحَربِيِّ إذَا أَخَذَهُ

وَهُوَ مُستأمَنٌ، بِخِلافِ الوَطءِ وَالغلةِ لأنَّ وَطءَ المَولى أَمَتَهُ المَديُونَةَ لا يُوجِبُ العُقرَ، وَكَذَا أَخذُهُ مِن غَلتِهَا، وَإِن كَانَت مَديُونَةً لا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَليهِ فَحَصَلَ الإِسنَادُ إلى حَالةٍ مَعهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ للضَّمَانِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ قَال لَهَا) هَذِه المَسْأَلةُ أَيْضًا مَبْنَاهَا عَلى إِسْنَاد الإِقْرَارِ إلى حَالة مُنَافِيَة للضَّمَان، وَمَعْنَى قَوْله (إلا الجِمَاعَ وَالغَلةَ) أَنْ **يَقُول لَهَا جَامَعْتُك وَأَنْت أَمَتي أَوْ أَخَذْت منْك غَلةَ عَمَلك وَأَنْت أَمَتي وَقَالتْ بَل كَانَ ذَلكَ بَعْدَ العتْقِ** فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُقرِّ الذي هُوَ المَوْلى اسْتحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَضْمَنُ إلا شَيْئًا قَائمًا بعَيْنه، فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بردِّه عَلَيْهَا: يَعْني لوْ **كَانَ أَقَرَّ بأَخْذ شَيْءٍ منْهَا بعَيْنه وَالمَأْخُوذُ قَائمٌ فِي يَده وَاخْتَلفَا فيه** عَلى هَذَا الوَجْه فَإِنَّ الرَّدَّ فيه مُجْمَعٌ عَليْه، بَنَاهَا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ عَلى الأَصْل المَذْكُور.

وَأَجَابَ عَنْ تَخَلُّف الشَّيْءِ القَائمِ بعَيْنه بأَنَّهُ أَقَرَّ بيَده: أَيْ بيَد المَأْخُوذ منْهُ (حَيْثُ اعْتَرَفَ بالأَخْذ منْهُ ثُمَّ ادَّعَى التَّمَلُّكَ عَليْه وَهُوَ مُنْكرٌ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكر فَلهَذَا يُؤْمَرُ بالرَّدِّ عَليْهَا. وَلهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بسَبَب الضَّمَان ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ فَلا يَكُونُ القَوْلُ قَوْلهُ) وَهَذَا لأَنَّهُ مَا أُسْندَ إلى حَالة مُنَافيَة للضَّمَان لأَنَّهُ يَضْمَنُ يَدَهَا لوْ قَطَعَهَا وَهيَ مَدْيُونَةٌ.

بخلاف الوَطْءِ وَالغَلة لأَنَّ **وَطْءَ المَوْلى أَمَتَهُ المَدْيُونَةَ** لا يُوجبُ العُقْرَ، وَكَذَلكَ إذَا أَخَذَ منْ غَلتهَا وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لا يَجبُ الضَّمَانُ عَليْه فَحَصَل فيهمَا الإسْنَادُ إلى حَالة مَعْهُودَة مُنَافيَة للضَّمَان، بخلاف غَيْرهمَا (لأَنَّهُ بمَنْزلة مَا إذَا قَال لغَيْره فَقَأْت عَيْنَك اليُمْنَى وَعَيْني اليُمْنَى صَحيحَةٌ ثُمَّ فُقئَتْ) يُريدُ بذَلكَ بَرَاءَتَهُ عَنْ ضَمَان العَيْن قصَاصًا وَأَرْشًا (وَقَال المَقَرُّ لهُ بَل فَقَأْتَهَا وَعَيْنُك اليُمْنَى مَفْقُوءَةٌ) يُريدُ به وُجُوبَ نصْف الدِّيَة عَليْه، وَهَذَا بنَاءً عَلى أَنَّ جنْسَ العُضْو المُتْلف إنْ كَانَ صَحيحًا حَال الإتْلاف ثُمَّ تَلفَ سَقَطَ القصَاصُ بنَاءً عَلى أَصْل أَصْحَابنَا رَحمَهُمُ اللهُ أَنَّ **مُوجبَ العَمْد القَوَدُ عَلى سَبيل التَّعْيين**، وَلهُ العُدُولُ إلى المَال فَقَبْل العُدُول إذَا فَاتَ المَحَلُّ بَطَل الحَقُّ، وَاعْتُرضَ بأَنَّ ذَلكَ فيمَا يَجبُ فيه القصَاصُ.

كَمَا إذَا **قَطَعَ يَمينَ شَخْصٍ ثُمَّ شُلتْ يَمينُهُ. وَفَقْءُ العَيْنِ بالتَّعْوير** لا قصَاصَ فيه

فَلا يَسْتَقِيمُ الأَصْلُ المَذْكُورُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ فَقْءٌ ذَهَبَ بِهِ نُورُهَا وَلَمْ تَنْخَسِفْ وَالقِصَاصُ فِيهِ جَارٍ.

وَقَوْلُهُ (**وَكَذَا يَضْمَنُ مَال الحَرْبِيِّ إذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ**) لَيْسَ لَهُ تَعَلُّقٌ بِمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ مَسْأَلَةِ القَطْعِ: لكِنَّهُ ذَكَرَهُ بَيَانًا لِمَسْأَلَةٍ أُخْرَى صُورَتُهَا: **مُسْلِمٌ دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ بِأَمَانٍ وَأَخَذَ مَال حَرْبِيٍّ ثُمَّ أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ ثُمَّ خَرَجَا إلَيْنَا فَقَال لَهُ المُسْلِمُ أَخَذْت مِنْك مَالا وَأَنْتَ حَرْبِيٌّ فَقَال بَل أَخَذْت مِنِّي وَأَنَا مُسْلِمٌ** فَإِنَّهَا عَلَى الخِلافِ.

كَذَا قِيل، فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ فَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ إنَّهُ أَسْنَدَ إقْرَارَهُ إلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ مَال الحَرْبِيِّ قَدْ يُضْمَنُ إذَا أَخَذَهُ دَيْنًا فَكَانَ قَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ فَلا يُسْمَعُ إلا بِحُجَّةٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ. وَالحَاصِلُ أَنَّ هَذِهِ المَسَائِل عَلَى ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهٍ يَكُونُ القَوْلُ قَوْل المَوْلَى وَهُوَ مَا إذَا أَخَذَ الغَلَّةَ أَوْ وَطِئَهَا، وَفِي وَجْهٍ يَكُونُ القَوْلُ قَوْل الجَارِيَةِ وَهُوَ مَا إذَا **أَقَرَّ المَوْلَى أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهَا مَالا وَهُوَ قَائِمٌ فِي يَدِهِ**، وَفِي وَجْهٍ اخْتَلَفُوا وَهُوَ مَا إذَا اسْتَهْلَكَ مَالَهَا أَوْ قَطَعَ يَدَهَا، وَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَى أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّ الإِسْنَادَ إلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ يُوجِبُ سُقُوطَ المُقَرِّ بِهِ.

وَالآخَرُ: أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ لا يُسْمَعُ مِنْهُ إلا بِحُجَّةٍ، فَالوَجْهُ الأَوَّلُ مُخْرَجٌ عَلَى الأَصْلِ الأَوَّلِ بِالاتِّفَاقِ، وَالوَجْهُ الثَّانِي مُخْرَجٌ عَلَى الأَصْلِ الثَّانِي بِالاتِّفَاقِ، وَالوَجْهُ الثَّالِثُ خَرَّجَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى الأَوَّلِ وَهُمَا عَلَى الثَّانِي.

قَال (وَإِذَا أَمَرَ العَبْدُ المَحجُورُ عَلَيهِ صَبِيًّا حُرًّا بِقَتلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَعَلى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ) لأَنَّهُ هُوَ القَاتِلُ حَقِيقَةً، وَعَمدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ عَلى مَا بَيَّنَّا مِن قَبلُ (وَلا شَيءَ عَلى الآمِرِ) وَكَذَا إذَا كَانَ الآمِرُ صَبِيًّا لأَنَّهُمَا لا يُؤَاخَذَانِ بِأَقوَالِهِمَا؛ لأَنَّ المُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِاعتِبَارِ الشَّرعِ وَمَا اُعتُبِرَ قَولُهُمَا، وَلا رُجُوعَ لِعَاقِلَةِ الصَّبِيِّ عَلى الصَّبِيِّ الآمِرِ أَبَدًا، وَيَرجِعُونَ عَلى العَبدِ الآمِرِ بَعدَ الإِعتَاقِ لأَنَّ عَدَمَ الاعتِبَارِ لِحَقِّ المَولى وَقَد زَال لا لِنُقصَانِ أَهلِيَّةِ العَبدِ، بِخِلافِ الصَّبِيِّ لأَنَّهُ قَاصِرُ الأَهلِيَّةِ. قَال (وَكَذَلِكَ إن أَمَرَ عَبدًا) مَعنَاهُ أَن يَكُونَ الآمِرُ عَبدًا وَالمَأمُورُ عَبدًا مَحجُورًا عَلَيهِمَا (يُخَاطَبُ مَولى القَاتِلِ بِالدَّفعِ أَو الفِدَاءِ) وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلى الأَوَّلِ فِي الحَال، وَيَجِبُ أَن يَرجِعَ بَعدَ العِتقِ بِأَقَل مِن الفِدَاءِ وَقِيمَةِ

العَبدِ لأنَّهُ غيرُ مُضطرٍّ فِي دَفعِ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا إذَا كَانَ القَتلُ خَطأً، وَكَذَا إذَا كَانَ عَمداً وَالعَبدُ القَاتِلُ صَغِيراً لأنَّ عَمدَهُ خَطأٌ، أمَّا إذَا كَانَ كَبِيراً يَجِبُ القِصَاصُ لجَرَيَانِهِ بَينَ الحُرِّ وَالعَبدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ) عَلى الوَجْهِ الذي ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) إشَارَةٌ إلى مَا ذَكَرَهُ قُبَيْل فَصْل الجَنِينِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ) أَيْ لا ضَرُورَةَ فِي إعْطَاءِ الزِّيَادَةِ لأَنَّهُ يَتَخَلصُ عَنْ عُهْدَةِ الضَّمَانِ بِإِعْطَاءِ الأَقَلِّ مِنْ الفِدَاءِ أَوْ قِيمَةِ العَبْدِ لأَنَّهُ إِنَّمَا أُتْلفَ بِأَمْرِهِ مَا هُوَ الأَقَل مِنْهُمَا.

قَال (وَإذَا قَتَل العَبدُ رَجُلَينِ عَمداً وَلكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا وَليَّانِ فَعَفَا أَحَدُ وَليِّي كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فَإنَّ المَولى يَدفَعُ نِصفَهُ إلى الآخَرَينِ أَو يَفدِيهِ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرهَمٍ) لأنَّهُ لمَّا عَفَا أَحَدُ وَليِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا سَقَطَ القِصَاصُ وَانقَلبَ مَالاً فَصَارَ كَمَا لو وَجَبَ المَالُ مِن الابتِدَاءِ، وَهَذَا لأنَّ حَقَّهُم فِي الرَّقَبَةِ أَو فِي عِشرِينَ أَلفاً وَقَد سَقَطَ نَصِيبُ العَافِيَينِ وَهُوَ النِّصفُ وَبَقِيَ النِّصفُ (فَإِن كَانَ قَتَل أَحَدَهُمَا عَمداً وَالآخَرَ خَطأً فَعَفَا أَحَدُ وَليِّي العَمدِ فَإِن فَدَاهُ المَولى فَدَاهُ بِخَمسَةَ عَشَرَ أَلفاً خَمسَةُ آلافٍ للذِي لم يَعفُ مِن وَليِّي العَمدِ وَعَشَرَةُ آلافٍ لوَليِّي الخَطَإِ) لأنَّهُ لمَّا انقَلبَ العَمدُ مَالاً كَانَ حَقُّ وَليِّي الخَطَإِ فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشَرَةَ آلافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَليِّي العَمدِ فِي نِصفِهَا خَمسَةَ آلافٍ، وَلا تَضَايُقَ فِي الفِدَاءِ فَيَجِبُ خَمسَةَ عَشَرَ أَلفاً (وَإِن دَفَعَهُ دَفَعَهُ إليهِم أَثلاثاً: ثُلُثَاهُ لوَليِّي الخَطَإِ، وَثُلُثُهُ لغَيرِ العَافِي مِن وَليِّي العَمدِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: يَدفَعُهُ أَربَاعاً: ثَلاثَةُ أَربَاعِهِ لوَليِّي الخَطَإِ، وَرُبعُهُ لوَليِّ العَمدِ) فَالقِسمَةُ عِندَهُمَا بِطَرِيقِ المُنَازَعَةِ، فَيُسَلَّمُ النِّصفَ لوَليِّي الخَطَإِ بِلا مُنَازَعَةٍ، وَاستَوَت مُنَازَعَةُ الفَرِيقَينِ فِي النِّصفِ الآخَرِ فَيَتَنَصَّفُ، فَلهَذَا يُقَسَّمُ أَربَاعاً. وَعِندَهُ يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ العَولِ وَالمُضَارَبَةِ أَثلاثاً، لأنَّ الحَقَّ تَعَلقَ بِالرَّقَبَةِ أَصلُهُ التَّرِكَةُ المُستَغرَقَةُ بِالدُّيُونِ فَيَضرِبُ هَذَا بِالكُلِّ وَذَلكَ بِالنِّصفِ، وَلهَذِهِ المَسأَلةِ نَظَائِرُ وَأَضدَادٌ ذَكَرنَاهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَتَل العَبْدُ رَجُليْنِ عَمْدًا) كَلامُهُ وَاضِحٌ، إلى قَوْلِهِ: وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إليْهِمْ

أَثلاثًا: ثُلُثاهُ لوَلِيَّيْ الخطأ، وثُلُثُهُ لغَيْرِ العَافي مِنْ وَلِيَّيْ العَمْد عِنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ.

وَأَصْلُ هَذَا مَا اتَّفقُوا عَلَيْه أَنَّ **قِسْمَةَ العَيْنِ إذَا وَجَبَتْ بِسَبَبِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّة كَالغَرِيمَيْنِ فِي التَّركَة** وَنَحْوِهَا كَانَتْ القِسْمَةُ بِطَرِيقِ العَوْل وَالمُضَارَبَة لِعَدَمِ التَّضَايُقِ فِي الذِّمَّة، فَيَثْبُتُ حَقُّ كُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا عَلى وَجْه الكَمَال فَيَضْرِبُ بِجَمِيعِ حَقِّه. وَأَمَّا إِذَا وَجَبَتْ قِسْمَةُ العَيْنِ ابْتدَاءً لا بِسَبَبِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّة كَمَسْأَلة بَيْعِ الفُضُوليِّ وَهِيَ أَنَّ **فُضُوليًّا لَوْ بَاعَ عَبْدَ إِنْسَان كُلهُ وَفُضُوليًّا آخَرُ بَاعَ نصْفَهُ وَأَجَازَ المَالكُ البَيْعَيْن** كَانَ العَبْدُ بَيْنَ المُشْتَرِيَيْنِ أَرْبَاعًا فَكَانَتْ القِسْمَةُ بِطَرِيقِ المُنَازَعَة، لأَنَّ الحَقَّ الثَّابتَ فِي العَيْنِ ابْتدَاءً لا يَثْبُتُ بِصفَةِ الكَمَال عِنْدَ المُزَاحَمَة، لأَنَّ العَيْنَ الوَاحدَةَ تَضِيقُ عَنْ الحَقَّيْنِ عَلى وَجْه الكَمَال، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحمَهُمَا اللهُ:

فِي هَذه المَسْأَلة ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ العَبْد المَدْفُوعِ لوَليِّ الخطَأ وَرُبْعُهُ للسَّاكت مِنْ وَليِّ العَمْد، لأَنَّ حَقَّ وَليِّ العَمْد كَانَ فِي جَمِيعِ الرَّقَبَة، فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا بَطَل حَقُّهُ وَفَرَغَ النِّصْفُ فَيَتَعَلقُ حَقُّ وَليِّ الخطَأ بِهَذَا النِّصْف بِلا مُنَازَعَة، بَقِيَ النِّصْفُ الآخَرُ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ وَليِّ الخطَأ وَالسَّاكت مِنْ وَليِّ العَمْد فِي هَذَا النِّصْف، فَصَارَ هَذَا النِّصْفُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَكَانَتْ القِسْمَةُ بَيْنَهُمَا بِطَرِيقِ المُنَازَعَة أَرْبَاعًا كَمَا فِي مَسْأَلة الفُضُوليَّيْن. وَلأَبِي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ أَنَّ أَصْل حَقِّهِمَا لَيْسَ فِي عَيْنِ العَبْد بَل فِي الأَرْشِ الذي هُوَ بَدَلُ المُتْلف، وَالقِسْمَةُ فِي غَيْرِ العَيْنِ تَكُونُ بِطَرِيقِ العَوْل وَالمُضَارَبَة، وَهَذَا لأَنَّ حَقَّ وَليِّ الخطَأ فِي عَشَرَة آلاف وَحَقَّ شَرِيك العَافي فِي خَمْسَة فَيُضْرَبُ كُلُّ وَاحد مِنْهُمَا بِحِصَّته، **كَرَجُلٍ عَلَيْه ثَلاثَةُ آلاف دِرْهَمٍ أَلفَان لرَجُلٍ وَأَلفٌ لآخَرَ مَاتَ وَتَرَكَ أَلفَ دِرْهَمٍ** كَانَتْ التَّركَةُ بَيْنَ صَاحبَيْ الدَّيْنِ أَثْلاثًا بِطَرِيقِ العَوْل وَالمُضَارَبَةُ ثُلُثَاهَا لصَاحبِ الأَلفَيْنِ وَثُلُثُهَا لصَاحبِ الأَلف كَذَلكَ هَذَا بِخِلافِ بَيْعِ الفُضُوليِّ لأَنَّ المِلكَ يَثْبُتُ للمُشْتَرِي فِي العَيْنِ ابْتدَاءً.

قَال (وَإِذَا كَانَ عَبدٌ بَينَ رَجُلينِ فَقَتَل مَولى لهُمَا) أَي قَرِيبًا لهُمَا (فَعفَا أَحدُهُمَا بَطَل الجَمِيعُ عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَقَالا: يَدفَعُ الذِي عَفَا نِصفَ نَصِيبِهِ إِلى الآخرِ أَو يَفدِيهِ بِرُبعِ الدِّيَة) وَذَكَرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ قَتَل وَليًّا لهُمَا، وَالمُرَادُ القَرِيبُ أَيضًا، وَذَكَرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ قَول مُحمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَة، وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَات: عَبدٌ قَتَل مَولاهُ وَلهُ ابنَانِ

فَعَفَا أَحَدُ الابنَيْنِ بَطَل ذَلكَ كُلُّهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ الجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي مَسأَلَةِ الكِتَابِ. وَلم يَذكُر اختِلافَ الرِّوَايَةِ. لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ حَقَّ القِصَاصِ ثَبَتَ فِي العَبدِ عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ، لأَنَّ مِلكَ المَولى لا يَمنَعُ استِحقَاقَ القِصَاصِ لهُ فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا انقلبَ نَصِيبُ الآخَرِ وَهُوَ النِّصفُ مَالا، غَيرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الكُلِّ فَيَكُونُ نِصفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَالنِّصفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ المَولى لا يَستَوجِبُ عَلى عَبدِهِ مَالا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ وَنِصفُ النِّصفِ هُوَ الرُّبعُ فَلهَذَا يُقَالُ: ادفَع نِصفَ نَصِيبِك أَو افتَدَاهُ بِرُبعِ الدِّيَةِ. وَلهُمَا أَنَّ مَا يَجِبُ مِن المَالِ يَكُونُ حَقَّ المَقتُولِ لأَنَّهُ بَدَلُ دَمِهِ، وَلهَذَا تُقضَى مِنهُ دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الوَرَثَةُ يَخلُفُونَهُ فِيهِ عِندَ الفَرَاغِ مِن حَاجَتِهِ وَالمَولى لا يَستَوجِبُ عَلى عَبدِهِ دَينًا فَلا تَخلُفُهُ الوَرَثَةُ فِيهِ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَقَتَل مَوْلى لهُمَا) فَسَّرَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ بِقَوْلِهِ: أَيْ قَرِيبًا لهُمَا، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَالِيَ مِن وَرَآءِى ﴾ [مريم: ٥] أَيْ الأَقَارِبَ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ عَبْدٌ لهُمَا أَعْتَقَاهُ فَعَفَا أَحَدُهُمَا بَطَل حَقُّ الآخَرِ فِي النَّفْسِ وَالمَال جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: وَقَالا: يُقَالُ لِلعَافِي ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِك إلى شَرِيكِك أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْل مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَالأَشْهَرُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ. قَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ المَوْليَيْنِ فِي نِصْفِ القِصَاصِ شَائِعًا، لأَنَّ مِلكَ المَوْلى لا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ القِصَاصِ لهُ، لأَنَّ العَبْدَ فِي حَقِّ الدَّمِ مُبْقًى عَلى أَصْل الحُرِّيَّةِ وَالمَوْلى فِي دَمِهِ كَأَجْنَبِيٍّ فَيَسْتَحِقُّ دَمَهُ بِالقِصَاصِ لمَّا لمْ يَكُنْ مُسْتَحِقًّا لهُ بِالملكِ.

فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا انْقَلبَ نَصِيبُ الآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَالا غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الكُلِّ فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَنِصْفُهُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ المَوْلى لا يَسْتَوْجِبُ عَلى عَبْدِهِ دَيْنًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ هُوَ نِصْفُ النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبْعُ فَلِذَلِكَ يَدْفَعُ نِصْفَ نَصِيبِهِ وَهُوَ الرُّبْعُ أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ، وَلأَبِي

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ نَصِيبَ العَافِي قَدْ سَقَطَ وَنَصِيبَ الآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ فِي مِلْكِ شَرِيكِهِ فَيَنْقَلِبُ مَالاً، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ فَيَبْطُلُ أَصْلاً، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ وَنِصْفُهُ فِي نَصِيبِ العَافِي فَيَنْقَلِبُ نِصْفُ هَذَا النِّصْفِ وَهُوَ الرُّبْعُ مَالاً، فَلَمَّا احْتُمِلَ هَذَا وَاحْتُمِلَ ذَاكَ لا يَنْقَلِبُ مَالاً لأَنَّ المَالَ لا يَجِبُ بِالشَّكِّ، وَوَقَعَ فِي نُسَخِ الهِدَايَةِ فِي هَذَا المَوْضِعِ اخْتِلافٌ كَثِيرٌ، وَالتَّعْوِيلُ عَلَى المَسْمُوعِ.

فَصلٌ قَتَل عَبدًا خَطأً

(وَمَن قَتَل عَبدًا خَطأً فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ لا تُزَادُ عَلى عَشَرَةِ آلافِ دِرهَمٍ، فَإِن كَانَت قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلافِ دِرهَمٍ أَو أَكثَرَ قَضَى لهُ بِعَشَرَةِ آلافٍ إلا عَشَرَةً، وَفِي الأَمَةِ إذَا زَادَت قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمسَةُ آلافٍ إلا عَشَرَةً) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَت، وَلو غَصَبَ عَبدًا قِيمَتُهُ عِشرُونَ أَلفًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَت بِالإِجمَاعِ. لهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ المَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَجِبُ لِلمَولَى وَهُوَ لا يَملِكُ العَبدَ إلا مِن حَيثُ المَالِيَّةُ، وَلو قَتَل العَبدُ المَبِيعَ قَبل القَبضِ يَبقَى العَقدُ وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ المَالِيَّةِ أَصلا أَو بَدَلِهِ وَصَارَ كَقَلِيل القِيمَةِ وَكَالغَصبِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ قَولُهُ تَعَالَى ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦ ﴾ [النساء: ٩٢] أَوجَبَهَا مُطلَقًا، وَهِيَ اسمٌ لِلوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ، وَلأَنَّ فِيهِ مَعنَى الآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلفًا، وَفِيهِ مَعنَى المَالِيَّةِ، وَالآدَمِيَّةُ أَعلاهُمَا فَيَجِبُ اعتِبَارُهَا بِإِهدَارِ الأَدنَى عِندَ تَعَذُّرِ الجَمعِ بَينَهُمَا وَضَمَانُ الغَصبِ بِمُقَابَلَةِ المَالِيَّةِ، إذ الغَصبُ لا يَرِدُ إلا عَلَى المَال، وَبَقَاءُ العَقدِ يَتبَعُ الفَائِدَةَ حَتَّى يَبقَى بَعدَ قَتلِهِ عَمدًا وَإِن لم يَكُن القِصَاصُ بَدَلا عَن المَالِيَّةِ فَكَذَلِكَ أَمرُ الدِّيَةِ، وَفِي قَلِيل القِيمَةِ الوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ إلا أَنَّهُ لا سَمعَ فِيهِ فَقَدَّرنَاهُ بِقِيمَتِهِ رَأيًا، بِخِلافِ كَثِيرِ القِيمَةِ لأَنَّ قِيمَةَ الحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرهَمٍ وَنَقَصنَا مِنهَا فِي العَبدِ إظهَارًا لانحِطَاطِ رُتبَتِهِ، وَتَعيِينُ العَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبدِ اللهِ بنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا. قَال (وَفِي يَدِ العَبدِ نِصفُ قِيمَتِهِ لا يُزَادُ عَلى خَمسَةِ آلافٍ إلا خَمسَةً) لأَنَّ اليَدَ مِن الآدَمِيِّ نِصفُهُ فَتُعتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنقُصُ هَذَا المِقدَارُ إظهَارًا لانحِطَاطِ رُتبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِن دِيَةِ الحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِن قِيمَةِ العَبدِ لأَنَّ القِيمَةَ فِي العَبدِ كَالدِّيَةِ فِي الحُرِّ إذ هُوَ بَدَلُ الدَّمِ عَلى مَا

قَرَّرْنَاهُ، وَإِن غصَبَ أَمَةً قِيمَتُهَا عِشرُونَ أَلفًا فَمَاتَت فِي يَدِهِ فَعَليه تَمَامُ قِيمَتِهَا لمَا بَيَّنَّا أَنَّ ضَمَانَ الغَصبِ ضَمَانُ المَالِيَّةِ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ جِنَايَةِ العَبْدِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الجِنَايَةِ عَلَى العَبْدِ وَقَدَّمَ الأَوَّلَ تَرْجِيحًا لِجَانِبِ الفَاعِلِيَّةِ (وَمَنْ **قَتَلَ عَبْدًا خَطَأً** فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لا تُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ؛ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلافِ دِرْهَمٍ أَوْ أَكْثَرَ قُضِيَ لَهُ بِعَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ إلا عَشَرَةً.

وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ قُضِيَ لَهَا بِخَمْسَةِ آلافٍ إلا عَشَرَةً وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ) آخِرًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ (تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ)، وَلَوْ **غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ** تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ بِالإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ المَالِيَّةِ) وَبَدَلُ المَالِيَّةِ بِالقِيمَةِ فَالضَّمَانُ بِالقِيمَةِ، أَمَّا أَنَّهُ بَدَلُ المَالِيَّةِ؛ فَلأَنَّهُ (يَجِبُ لِلمَوْلَى وَهُوَ لا يَمْلِكُ العَبْدَ إلا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ، وَلَوْ قُتِلَ العَبْدُ المَبِيعُ قَبْلَ القَبْضِ يَبْقَى العَقْدُ وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ المَالِيَّةِ أَصْلًا) إِنْ بَقِيَ العَيْنُ (أَوْ بَدَلًا) إِنْ هَلَكَتْ (وَصَارَ كَقَلِيلِ القِيمَةِ وَكَالغَصْبِ) وَأَمَّا أَنَّهُ بَدَلُ المَالِيَّةِ بِالقِيمَةِ فَظَاهِرٌ.

وَهَذَا كَمَا تَرَى تَرْجِيحٌ لِجَانِبِ المَالِيَّةِ عَلَى الآدَمِيَّةِ؛ لأَنَّ المُمَاثَلَةَ وَاجِبُ الرِّعَايَةِ، وَالرِّعَايَةُ فِي ذَلِكَ أَكْثَرُ؛ لأَنَّ المَالَ وَإِنْ كَثُرَ لا يُمَاثِلُ النَّفْسَ وَيُمَاثِلُ المَالَ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾) وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَوْجَبَ الدِّيَةَ مُطْلَقًا فِيمَنْ قُتِلَ خَطَأً حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا (وَالدِّيَةُ اسْمٌ لِلوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ؛ وَلأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلَّفًا) بِلا خِلافٍ (وَفِيهِ مَعْنَى المَالِيَّةِ) حَتَّى وَرَدَ عَلَيْهِ المِلْكُ بِلا خِلافٍ (وَالآدَمِيَّةُ أَعْلاهُمَا) لا مَحَالَةَ (فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِإِهْدَارِ الأَدْنَى عِنْدَ تَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا) إِذْ العَكْسُ يُفْضِي إِلَى إِهْدَارِهِمَا جَمِيعًا؛ لأَنَّ الآدَمِيَّةَ أَصْلٌ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ بِهَا، وَفِي إِهْدَارِ الأَصْلِ إِهْدَارُ التَّابِعِ، وَإِهْدَارُ أَحَدِهِمَا أَوْلَى مِنْ إِهْدَارِهِمَا. فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُتَعَذِّرٌ بَلْ بِإِيجَابِ القِيمَةِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ يُوجَدُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنَّ الجَمْعَ إِنَّمَا يُوجَدُ بِإِيجَابِ الدِّيَةِ مَعَ كَمَالِ القِيمَةِ،

وَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ القَوْلُ بِهِ لِخُرُوجِهِ عَنْ الإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (وَضَمَانُ الغَصْبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَكَانَ كَالغَصْبِ.

وَقَوْلُهُ (وَبَقَاءُ العَقْدِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلَوْ **قُتل العَبْدُ المبِيعُ**. وَقَوْلُهُ (وَفِي قَلِيل القِيمَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَصَارَ كَقَلِيل القِيمَةِ. وَقَوْلُهُ (بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﵁) وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْهُ: لا يَبْلُغُ بِقِيمَةِ العَبْدِ دِيَةَ الحُرِّ وَيُنْقَصُ مِنْهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِمُوَافَقَتِهِ لأَكْثَرِ النُّسَخِ، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ أَثَرَ ابْنِ مَسْعُودٍ ﵁ مُعَارَضٌ بِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ وَعَلِيًّا وَابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أَوْجَبُوا فِي قَتْلِ العَبْدِ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ المَرْوِيَّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ﵁ أَرْجَحُ؛ لأَنَّ فِيهِ ذِكْرَ المِقْدَارِ وَهُوَ مِمَّا لا يَهْتَدِي إِلَيْهِ العَقْلُ، وَلَيْسَ فِيمَا رُوِيَ عَنْ غَيْرِهِ ذَلِكَ، بَل فِيهِ قِيَاسُ سَائِرِ الأَمْوَالِ مِنْ تَبْلِيغِ قِيمَتِهِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ فَكَانَ مَحْمُولا عَلَى أَنَّهُمْ قَالُوا بِالرَّأْيِ، وَمِثْلُهُ لا يُعَارِضُ مَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ المَسْمُوعِ مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ.

وَقَوْلُهُ (لا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلافٍ إِلا خَمْسَةٌ) أَيْ لا يُزَادُ عَلَى هَذَا المِقْدَارِ قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا الذِي ذَكَرَهُ خِلافُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لأَنَّهُ ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ، فَأَمَّا طَرَفُ المَمْلُوكِ فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ المُعْتَبَرَ فِيهِ المَالِيَّةُ؛ لأَنَّهُ لا يُضْمَنُ بِالقِصَاصِ وَلا بِالكَفَّارَةِ فَلِهَذَا كَانَ الوَاجِبُ فِيهِ القِيمَةَ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، إِلا أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ قَال فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ، القَوْلُ بِهَذَا يُؤَدِّي إِلَى أَنَّهُ يَجِبُ بِقَطْعِ طَرَفِ العَبْدِ فَوْقَ مَا يَجِبُ بِقَتْلِهِ إِلَى أَنْ قَال: فَلِهَذَا قَال: لا يُزَادُ عَلَى نِصْفِ بَدَلِ نَفْسِهِ فَيَكُونُ الوَاجِبُ خَمْسَةَ آلافٍ إِلا خَمْسَةً، وَقَوْلُهُ (لأَنَّ القِيمَةَ فِي العَبْدِ كَالدِّيَةِ فِي الحُرِّ) يَعْنِي يَجِبُ فِي مُوضِحَةِ العَبْدِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَةِ العَبْدِ؛ لأَنَّهُ يَجِبُ فِي الحُرِّ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ (إِذْ هُوَ) أَيْ: القِيمَةُ (بَدَلُ الدَّمِ عَلَى مَا قَرَّرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ وَقَوْلُهُ (وَإِنْ غَصَبَ أَمَةً) ظَاهِرٌ.

قَال (وَمَن قَطَعَ يَدَ عَبدٍ فَأَعتَقَهُ المَولى ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلك، فَإِن كَانَ لهُ وَرَثَةٌ غَيرُ المَولى فَلا قِصَاصَ فِيهِ وَإِلا أُقتُصَّ مِنهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا قِصَاصَ فِي ذَلك، وَعَلى القَاطِعِ أَرشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلكَ إِلى أَن يَعتِقَهُ وَيَبطُلُ

الفَضلُ) وَإِنَّمَا لم يَجِب القِصَاصُ فِي الوَجهِ الأَوَّل لاشتِبَاهِ مَن لهُ الحَقُّ، لأَنَّ القِصَاصَ يَجِبُ عِندَ المَوتِ مُستَنِدًا إلى وَقتِ الجُرحِ، فَعَلى اعتِبَارِ حَالةِ الجُرحِ يَكُونُ الحَقُّ للمَولى، وَعَلى اعتِبَارِ الحَالةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ للوَرَثَةِ فَتَحَقَّقَ الاشتِبَاهُ وَتَعَذَّرَ الاستِيفَاءُ فَلا يَجِبُ عَلى وَجهٍ يُستَوفَى وَفِيهِ الكَلامُ، وَاجتِمَاعُهُمَا لا يُزِيلُ الاشتِبَاهَ لأَنَّ المِلكَينِ فِي الحَالينِ، بِخِلافِ العَبدِ المُوصَى بِخِدمَتِهِ لرَجُلٍ وَبِرَقَبَتِهِ لآخَرَ إذَا قُتِل، لأَنَّ مَا لكُلٍّ مِنهُمَا مِن الحَقِّ ثَابِتٌ مِن وَقتِ الجُرحِ إلى وَقتِ المَوتِ، فَإِذَا اجتَمَعَا زَال الاشتِبَاهُ. وَلمُحَمَّدٍ فِي الخِلافِيَّةِ وَهُوَ مَا إذَا لم يَكُن للعَبدِ وَرَثَةٌ سِوَى المَولى أَنَّ سَبَبَ الوِلايَةِ قَد اختَلفَ لأَنَّهُ المِلكُ عَلى اعتِبَارِ إحدَى الحَالتَينِ وَالوِرَاثَةُ بِالوَلاءِ عَلى اعتِبَارِ الأُخرَى، فَنُزِّل مَنزِلةَ اختِلافِ المُستَحَقِّ فِيمَا يُحتَاطُ فِيهِ كَمَا إذَا قَال لآخَرَ بِعتَنِي هَذِهِ الجَارِيَةَ بِكَذَا فَقَال المَولى زَوَّجتهَا مِنك لا يَحِلُّ لهُ وَطؤُهَا وَلأَنَّ الإِعتَاقَ قَاطِعٌ للسِّرَايَةِ، وَبِانقِطَاعِهَا يَبقَى الجُرحُ بِلا سِرَايَةٍ، وَالسِّرَايَةُ بِلا قَطعٍ فَيَمتَنِعُ القِصَاصُ.

وَلهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الوِلايَةِ للمَولى فَيَستَوفِيَا وَهَذَا لأَنَّ المَقضِيَّ لهُ مَعلُومٌ وَالحُكمُ مُتَّحِدٌ فَوَجَبَ القَولُ بِالاستِيفَاءِ، بِخِلافِ الفَصل الأَوَّل، لأَنَّ المَقضِيَّ لهُ مَجهُولٌ، وَلا مُعتَبَرَ بِاختِلافِ السَّبَبِ هَاهُنَا لأَنَّ الحُكمَ لا يَختَلفُ، بِخِلافِ تِلكَ المَسأَلةِ لأَنَّ مِلكَ اليَمِينِ يُغَايِرُ مِلكَ النِّكَاحِ حُكمًا، وَالإِعتَاقُ لا يَقطَعُ السِّرَايَةَ لذَاتِهِ بَل لاشتِبَاهِ مَن لهُ الحَقُّ، وَذَلكَ فِي الخَطَإِ دُونَ العَمدِ لأَنَّ العَبدَ لا يَصلُحُ مَالكًا للمَال، فَعَلى اعتِبَارِ حَالةِ الجُرحِ يَكُونُ الحَقُّ للمَولى، وَعَلى اعتِبَارِ حَالةِ المَوتِ يَكُونُ للمَيِّتِ لحُرِّيَّتِهِ فَيُقضَى مِنهُ دُيُونُهُ وَيُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الاشتِبَاهُ. أَمَّا العَمدُ فَمُوجِبُهُ القِصَاصُ وَالعَبدُ مُبقًى عَلى أَصل الحُرِّيَّةِ فِيهِ، وَعَلى اعتِبَارِ أَن يَكُونَ الحَقُّ لهُ فَالمَولى هُوَ الذِي يَتَوَلاهُ إذ لا وَارِثَ لهُ سِوَاهُ فَلا اشتِبَاهَ فِيمَن لهُ الحَقُّ، وَإِذَا امتَنَعَ القِصَاصُ فِي الفَصلينِ عِندَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ أَرشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ مِن وَقتِ الجُرحِ إلى وَقتِ الإِعتَاقِ كَمَا ذَكَرنَا لأَنَّهُ حَصَل عَلى مِلكِهِ وَيَبطُلُ الفَضلُ، وَعِندَهُمَا الجَوَابُ فِي الفَصل الأَوَّل كَالجَوَابِ عِندَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

الشرح:

قَال (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْد فَأَعْتَقَهُ المَوْلى) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ وَكَذَا تَحْرِيرُ المَذَاهِب. وَقَوْلُهُ (فِي الوَجْهِ الأَوَّل) يَعْنِي فِيمَا إذَا كَانَ له وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلى. وَقَوْلُهُ

(لاشْتِبَاهِ مَنْ لهُ الحَقُّ) يَعْنِي المُسْتَوْفَى وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ القِصَاصَ وَقَوْلُهُ (وَفِيهِ الكَلامُ) أَيْ فِيمَا إِذَا كَانَ لهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلَى، وَقِيل أَيْ: فِي وُجُوبِهِ عَلَى وَجْهٍ يُسْتَوْفَى لا عَلَى أَصْلِ الوُجُوبِ؛ لأَنَّهُ لإِفَادَةِ الاسْتِيفَاءِ فَإِذَا فَاتَ المَقْصُودُ سَقَطَ اعْتِبَارُهُ، وَقِيل: أَيْ فِي تَعَذُّرِ الاسْتِيفَاءِ، وَقِيل أَيْ فِي تَحَقُّقِ اشْتِبَاهِ مَنْ لهُ القِصَاصُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ تَعَذُّرَ اسْتِيفَاءِ القِصَاصِ لِتَحَقُّقِ اشْتِبَاهِ مَنْ لهُ الاسْتِيفَاءُ وَقَدْ تَحَقَّقَ الاشْتِبَاهُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَيَتَعَذَّرُ الاسْتِيفَاءُ.

وَقَوْلُهُ (وَاجْتِمَاعُهُمَا لا يُزِيلُ الاشْتِبَاهَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ سَلمْنَا أَنَّ مَنْ لهُ الحَقُّ مُشْتَبَهٌ لكِنْ يَزُولُ الاشْتِبَاهُ بِاجْتِمَاعِهِمَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا لا يُزِيلُهُ؛ لأَنَّ المِلكَ فِي الحَاليْنِ مُخْتَلِفٌ، فَإِنَّ المِلكَ للمَوْلى وَقْتَ الجَرْحِ دُونَ المَوْتِ وَللوَرَثَةِ بِالعَكْسِ، وَعِنْدَ الاجْتِمَاعِ لا يَثْبُتُ المِلكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلى الدَّوَامِ فِي الحَاليْنِ فَلا يَكُونُ الاجْتِمَاعُ مُفِيدًا (بِخِلافِ العَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ، وَبِرَقَبَتِهِ لآخَرَ) فَإِنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لمْ يَنْفَرِدْ بِالقِصَاصِ؛ لأَنَّ المُوصَى لهُ بِالخِدْمَةِ لا مِلكَ لهُ فِي الرَّقَبَةِ، **وَالمُوصَى لهُ بِالرَّقَبَةِ إِذَا اسْتَوْفَى القِصَاصَ** سَقَطَ حَقُّ المُوصَى لهُ بِالخِدْمَةِ؛ لأَنَّ الرَّقَبَةَ فَاتَتْ لا إِلى بَدَلٍ فَلا يَمْلكُ إِبْطَال حَقِّهِ عَليْهِ، وَلكِنْ إِذَا اجْتَمَعَا فَقَدْ رَضِيَ المُوصَى لهُ بِالخِدْمَةِ بِفَوَاتِ حَقِّهِ فَيَسْتَوْفِيهِ الآخَرُ لِزَوَالِ الاشْتِبَاهِ.

وَقَوْلُهُ (عَلى اعْتِبَارِ إِحْدَى الحَالتَيْنِ) وَهِيَ حَالةُ الجَرْحِ قَبْل العِتْقِ، وَالحَالةُ الأُخْرَى هِيَ حَالةُ المَوْتِ بَعْدَ العِتْقِ. وَقَوْلُهُ (فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ) يَعْنِي فِي الذِي لا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَإِنَّهُ يُحْتَرَزُ بِهَذَا عَمَّنْ **قَال لآخَرَ لك عَليَّ أَلفٌ مِنْ قَرْضٍ فَقَال المُقَرُّ لهُ: لا بَل مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ** فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالمَال وَإِنْ اخْتَلفَ السَّبَبُ؛ لأَنَّ ذَلكَ مِنْ الأَمْوَالِ وَالأَمْوَالُ مِمَّا يَقَعُ البَدَلُ وَالإِبَاحَةُ فِيهَا فَلا يُبَالى بِاخْتِلافِ السَّبَبِ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ الاحْتِرَازَ بِالذِي لا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ إِنَّمَا يَكُونُ عَمَّا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ، وَالأَمْوَالُ ليْسَتْ كَذَلكَ، وَالأَوْلى أَنْ يُفَسَّرَ مَا يُحْتَاطُ فِيهِ بِالدِّمَاءِ وَالفُرُوجِ فَإِنَّهُ اسْتَشْهَدَ بَعْدَهُ بِحِلِّ الوَطْءِ وَهُوَ مِمَّا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ، أَوْ يُفَسَّرُ بِالذِي لا يَجْرِي فِيهِ البَدَلُ، وَهُوَ رَاجِعٌ إِلى الأَوَّلِ. وَقَوْلُهُ (؛ وَلأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ للسِّرَايَةِ) دَليلٌ آخَرُ، وَذَلكَ؛ لأَنَّ الإِعْتَاقَ يُصَيِّرُ النِّهَايَةَ مُخَالفَةً للبِدَايَةِ، وَذَلكَ يَمْنَعُ القِصَاصَ؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ **جَرَحَ عَبْدَ إِنْسَانٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ مَوْلاهُ ثُمَّ مَاتَ العَبْدُ مِنْ تِلكَ الجِرَاحَةِ** لمْ يَكُنْ عَليْهِ القِصَاصُ وَلا القِيمَةُ، وَإِنَّمَا

يَضْمَنُ النُّقْصَانَ، فَإِنْ كَانَ خطَأً فَبالاتِّفَاق، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا.

فَعِنْدَ مُحَمَّد رَحِمَهُ الله؛ لأَنَّ الدَّليل وَهُوَ مُخالَفةُ النِّهَايَة للبدَايَة لا يَفْصِلُ بَيْنَهُما وَبانْقطَاعِهِمَا يَبْقَى الجَرْحُ بلا سرَايَة، وَالسِّرَايَةُ بلا قَطْعٍ فَيمْتَنعُ القصَاصُ كَأَنَّهُ تَلفَ بآفَة سَمَاوِيَّة. فَإِنْ قِيل: يَنْبَغِي أَنْ يَجبَ أَرْشُ اليَد للمَوْلى لكَوْنه جَرْحًا بلا سرَايَة.

أُجيبَ بأَنَّهُ لا يَجبُ نَظَرًا إلى حَقيقَة الجنَايَة وَهُوَ القَتْلُ؛ لأَنَّهُ إذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الجنَايَةَ قَتْلٌ لا قَطْعٌ (وَلهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا) ثُبوتَ ولايَة الاسْتيفَاء في العَمْد للمَوْلى فَيسْتَوْفيه لأَنَّ المُقْضَى له) وَهُوَ المَوْلى (مَعْلُومٌ وَالحُكْمُ) وَهُوَ اسْتيفَاءُ القصَاص (مُتَّحدٌ فَوَجَبَ القَوْلُ بثُبُوت الاسْتيفَاء بخلاف الفَصْل الأَوَّل) يَعْني مَا إذَا كَانَ لهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلى حَيْثُ لَمْ يَجبْ القصَاصُ بالاتِّفَاق (لأَنَّ المُقْضَى لهُ مَجْهُولٌ)؛ لأَنَّا لوْ اعْتَبَرْنَا حَالةَ الجَرْح كَانَ المُقْضَى لهُ هُوَ المَوْلى، وَلوْ اعْتَبَرْنَا حَالةَ المَوْت كَانَ الوَرَثَةَ (وَلا مُعْتَبَرَ باخْتلاف السَّبَب هُنَا) أَيْ: في.

الفَصْل الثَّاني وَهُوَ مَا إذَا لَمْ يَكُنْ للعَبْد وَرَثَةٌ سوَى المَوْلى في العَمْد؛ لأَنَّ الحُكْمَ وَهُوَ اسْتيفَاءُ القصَاص لا يَخْتلفُ وَهُوَ في الحَالَيْن لوَاحد وَهُوَ المَوْلى، بخلاف تلْكَ المَسْأَلة: يَعْني المُسْتَشْهَدَ بهَا بقَوْله كَمَا إذَا قَال لآخَرَ بعْني هَذه الجَاريَةَ إلخ فَإِنَّ الحُكْمَ فيهَا مُخْتَلفٌ (لأَنَّ ملكَ اليَمين يُغَايرُ ملكَ النِّكَاح حُكْمًا)؛ لأَنَّ ملكَ النِّكَاح يُثْبتُ الحل مَقْصُودًا وَملكُ اليَمين قَدْ لا يُثْبتُهُ وَلوْ أَثْبَتَهُ لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا، وَاخْتَلفَ الحُكْمُ كَمَا اخْتَلفَ السَّبَبُ.

وَقَوْلُهُ (**وَالإعْتَاقُ لا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ**) جَوابٌ عَنْ قَوْله؛ وَلأَنَّ الإعْتَاقَ قَاطعٌ للسِّرَايَة، وَمَعْنَاهُ الإعْتَاقُ قَاطعٌ للسِّرَايَة في صُورَة الخَطَإ دُونَ العَمْد، وَذَلكَ؛ لأَنَّهُ لا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ (لذَاته بَل لاشْتبَاه مَنْ لهُ الحَقُّ، وَذَلكَ في الخَطَإ؛ لأَنَّ العَبْدَ لا يَصْلُحُ مَالكًا للمَال) فَيَكُونُ الحَقُّ حَالةَ الجَرْح للمَوْلى لكَوْنه قَبْل العتْق (وَعَلى اعْتبَار حَالة المَوْت يَكُونُ للمَيِّت لحُرِّيَّته فَتُقْضَى منْهُ دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الاشْتبَاهُ، أَمَّا العَمْدُ فَمُوجبُهُ القصَاصُ وَالعَبْدُ مُبْقًى عَلى أَصْل الحُرِّيَّة فيه) فَالحَقُّ للعَبْد وَالمَوْلى يَسْتَوْفيه بطَريق الخلافَة عَنْهُ إذْ الفَرْضُ أَنَّهُ (لا وَارثَ سوَاهُ فَلا اشْتبَاهَ فيمَنْ لهُ الحَقُّ).

وَالحَاصلُ منْ هَذَا كُلِّه أَنَّ صُوَرَ مَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْد غَيْره فَأَعْتَقَهُ المَوْلى ثُمَّ مَاتَ لا

تَزِيدُ عَلى أَرْبَعٍ؛ لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ قطعَ عَمْدًا أَوْ خطأً، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ للعَبْد وَارِثٌ سِوَى المَوْلى أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ يَقْطَعُ الإِعْتَاقُ السِّرَايَةَ بالاتِّفَاق فَلا يَجبُ القِصَاصُ لجَهَالة المُقْضَى لهُ وَالمُقْضَى به، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لا يَقْطَعُهَا عِنْدَهُمَا خلافًا لمُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالإِعْتَاقُ يَقْطَعُهَا بالاتِّفَاق سَوَاءٌ كَانَ لهُ وَارِثٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَلا تَجبُ القِيمَةُ أَوْ الدِّيَةُ بَل يَجبُ نُقْصَانُ القِيمَة بالقَطْعِ وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَال (وَمَن قَال لعَبدَيهِ أَحَدُكمَا حُرٌّ ثُمَّ شجَّا فَأَوقعَ العتقَ على أَحدِهِمَا فأَرشُهُمَا للمَولى) لأنَّ العِتقَ غَيرُ نَازِلٍ فِي المُعيَّنِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ المُعيَّنَ فَبَقِيَا مَملُوكَينِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلو قَتَلهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبدٍ) وَالفرقُ أَنَّ البَيَانَ إِنشَاءٌ مِن وَجهٍ وَإِظهَارٌ مِن وَجهٍ على مَا عُرِفَ، وَبَعدَ الشَّجَّةِ بَقِيَ مَحلا للبَيَانِ فَاعتُبِرَ إِنشَاءً فِي حَقِّهِمَا، وَبَعدَ المَوتِ لم يَبقَ مَحلا للبَيَانِ فَاعتَبَرنَاهُ إِظهَارًا مَحضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ فَتَجِبُ قِيمَةُ عَبدٍ وَدِيَةُ حُرٍّ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَتَل كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا رَجُلٌ حَيثُ قِيمَةُ المَملُوكَينِ، لأَنَّا لم نَتَيَقَّن بِقَتل كُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا حُرًّا وَكُلٌّ مِنهُمَا يُنكِرُ ذَلك، وَلأَنَّ القِيَاسَ يَأبَى ثُبُوتَ العِتقِ فِي المَجهُول لأَنَّهُ لا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحَّحنَاهُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَأَثبَتنَا لهُ وِلايَةَ النَّقل مِن المَجهُول إلى المَعلُومِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفسِ دُونَ الأَطرَافِ فَبَقِيَ مَملُوكًا فِي حَقِّهَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ قَال لعَبْدَيْه أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شَجَّا) إذَا **قَال لعَبْدَيْه أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شَجَّا فَأَوْقَعَ العتْقَ عَلى أَحَدهمَا**: أَيْ بَيَّنَ ذَلكَ المُبْهَمَ بالتَّعْيِين فِي أَحَدهمَا، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ بلفْظِ أَوْقَعَ ليَدُل به عَلى أَنَّ العتْقَ لمْ يَنْزِل عَلى أَحَدهمَا فِي حَقِّ الأَرْشِ مُعَيَّنًا وَإِنْ كَانَ ظَهَرَ وُقُوعُ العتْقِ عَلى أَحَدهمَا فِي بَعْضِ الصُّوَر كَمَا فِي المَوْت وَالقَتْل، فَإِنَّهُ إذَا **قَال أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ قُتل** تَعَيَّنَ العتْقُ للآخَرِ (فَأَرْشُهُمَا للمَوْلى؛ لأَنَّ العتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي المُعَيَّنِ.

وَالشَّجَّةُ تُصَادفُ المُعَيَّنَ فَبَقيَا مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّة) فَيَكُونُ أَرْشُهُمَا للمَالك (وَلوْ **قَتَلهُمَا رَجُلٌ** تَجبُ ديَةُ حُرٍّ وَقيمَةُ عَبْد) لا قيمَةُ عَبْدَيْنِ وَلا ديَةُ حُرَّيْنِ (وَالفَرْقُ أَنَّ البَيَانَ وَهُوَ تَعْيينُ العتْقِ المُبْهَمِ فِي أَحَدهمَا إنْشَاءٌ منْ وَجْه إظْهَارٌ منْ وَجْه عَلى مَا

عُرِفَ) فِي أُصُولِ الفِقْهِ أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى يُشْتَرَطَ صَلاحِيَةُ المَحَلِّ لِلإِنْشَاءِ، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَبَيَّنَ العِتْقَ فِيهِ لا يَصِحُّ، وَإِظْهَارٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى يُجْبَرَ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهٍ لَمَا أُجْبِرَ عَلَيْهِ؛ إِذْ المَرْءُ لا يُجْبَرُ عَلَى إِنْشَاءِ العِتْقِ، وَالعَبْدُ (بَعْدَ الشَّجَّةِ مَحَلٌّ لِلبَيَانِ فَاعْتُبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا وَبَعْدَ المَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحَلا لَهُ فَاعْتَبَرْنَاهُ إِظْهَارًا مَحْضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ فَتَجِبُ قِيمَةُ عَبْدٍ وَدِيَةُ حُرٍّ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ) وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ القَاتِلَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ، فَإِنْ كَانَ وَاحِدًا فَإِمَّا أَنْ قَتَلَهُمَا مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا؛ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَالحُكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ وُجُوبِ القِيمَةِ لِلمَوْلَى وَالدِّيَةُ لِلوَرَثَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلَى فَظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَتْ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَجِبُ دِيَتُهُ فِي حَالٍ وَقِيمَتُهُ فِي حَالٍ، وَيُقْسَمُ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ الأَحْوَالِ، وَهَذَا إِذَا اسْتَوَتْ القِيمَتَانِ.

وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَدِيَةُ حُرٍّ؛ لأَنَّا نَتَيَقَّنُ أَنَّهُ قَتَلَ عَبْدًا وَحُرًّا وَقَتْلُ الحُرِّ يُوجِبُ الدِّيَةَ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنْ الآخَرِ فَيَلزَمُهُ نِصْفُ قِيمَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَنِصْفُ دِيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَقَدْ تَعَيَّنَتْ الحُرِّيَّةُ فِي الثَّانِي بِقَتْلِ الأَوَّلِ، فَكَانَ عَلَى القَاتِلِ قِيمَةُ الأَوَّلِ لِلمَوْلَى وَدِيَةُ الثَّانِي لِلوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ القَاتِلُ اثْنَيْنِ فَإِمَّا أَنْ قَتَلا مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيمَةُ عَبْدٍ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ القَاتِلَيْنِ إِنَّمَا قَتَلَ أَحَدَهُمَا بِعَيْنِهِ، وَالعِتْقُ فِي حَقِّ العَيْنِ كَأَنَّهُ غَيْرُ نَازِلٍ وَإِنَّمَا هُوَ نَازِلٌ فِي المُنْكَرِ، وَلا نَتَيَقَّنُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاتِلٌ لِذَلِكَ المُنْكَرِ فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا القَدْرُ المُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ القِيمَةُ، وَلَمْ يُبَيِّنْ فِي المَبْسُوطِ أَنَّ ذَلِكَ لِلمَوْلَى أَوْ لِوَرَثَتِهِمَا.

وَقِيلَ هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ النِّصْفُ لِلمَوْلَى مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَالنِّصْفُ لِلوَرَثَةِ، فَإِنَّ العِتْقَ فِي حَقِّ المَوْلَى ثَابِتٌ فِي أَحَدِهِمَا فَلا يَسْتَحِقُّ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيُوَزَّعُ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُدْرَ أَيُّهُمَا قُتِلَ أَوَّلا فَالحُكْمُ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَعَلَى القَاتِلِ الأَوَّلِ قِيمَتُهُ لِمَوْلاهُ وَعَلَى الثَّانِي دِيَةُ الثَّانِي لِوَرَثَتِهِ؛ لأَنَّ العِتْقَ تَعَيَّنَ فِيهِ، وَقَدْ ظَهَرَ لَكَ مِنْ هَذَا أَنَّ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ فِيمَا إِذَا كَانَ قَتْلُهُمَا مَعًا سَوَاءٌ كَانَ القَاتِلُ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ القِيَاسَ) مَعْطُوفٌ عَلَى أَنَّ فِي قَوْلِهِ وَالفَرْقُ أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ. وَوَجْهُهُ

أَنَّ القِيَاسَ (يَأْبَى ثُبوتَ العِتْقِ فِي المَجْهُول)؛ لأَنَّهُ لا يُفِيدَ فَائِدَةَ العِتْقِ مِنْ أَهْلِيَّةِ الوِلايَة للقَضَاءِ وَالشَّهَادَة، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَلا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي الشَّرْعِ (وَإِنَّمَا صَحَّحْنَاهُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَأَثْبَتْنَا لهُ وِلايَةَ النَّقْلِ مِنْ المَجْهُول إلى المَعْلُوم) بِطَرِيقِ البَيَان بِتَعْيِينِ المُبْهَمِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِه (فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْس)؛ لأَنَّهَا مَحَلُّ العِتْقِ (دُونَ الأَطْرَافِ)؛ لأَنَّهُ إِنْ حَلهَا حَل تَبَعًا فَيَبْقَى العَبْدُ مَمْلُوكًا فِي حَقِّ الأَطْرَافِ عَلى أَصْلِ القِيَاسِ.

قَال (وَمَن فقَأَ عينَي عَبدٍ، فَإِن شَاءَ المَولى دفَعَ عَبدَهُ وَأَخَذَ قِيمتَهُ وَإِن شَاءَ أَمسَكَهُ، وَلا شَيءَ لهُ مِن النُّقصَانِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: إِن شَاءَ أَمسَكَ العَبدَ وَأَخَذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِن شَاءَ دفَعَ العَبدَ وَأَخَذَ قِيمتَهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُضَمِّنُهُ كُل القِيمَةِ وَيُمسِكُ الجُثَّةَ لأَنَّهُ يَجعَلُ الضَّمَانَ مُقَابِلا بِالفَائِتِ فَبَقِيَ البَاقِي عَلى مِلكِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ إِحدَى يَدَيهِ أَو فَقَأَ إِحدَى عَينَيه.

وَنَحنُ نَقُولُ: إِنَّ المَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الأَطرَافِ لِسُقُوطِ اعتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصراً عَليه.

وَإِذَا كَانَت مُعتَبَرَةً وَقَد وُجِدَ إِتلافُ النَّفسِ مِن وَجهٍ بِتَفوِيتِ جِنسِ المَنفَعَةِ وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الكُلِّ فَوَجَبَ أَن يَتَمَلكَ الجُثَّةَ دَفعًا للضَّرَرِ وَرِعَايَةً للمُمَاثَلَةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا فَقَأَ عَينَي حُرٍّ لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ مَعنَى المَالِيَّةِ، وَبِخِلافِ عَينَي المُدَبَّرِ لأَنَّهُ لا يَقبَلُ الانتِقَال مِن المِلكِ إِلى مِلكٍ، وَفِي قَطعِ إِحدَى اليَدَينِ وَفَقءِ إِحدَى العَينَينِ لم يُوجَد تَفوِيتُ جِنسِ المَنفَعَةِ. وَلهُمَا أَنَّ مَعنَى المَالِيَّةِ لمَّا كَانَ مُعتَبَراً وَجَبَ أَن يَتَخَيَّرَ المَولى عَلى الوَجهِ الذِي قُلنَاهُ كَمَا فِي سَائِرِ الأَموَال فَإِنَّ مَن خَرَقَ ثَوبَ غَيرِهِ خَرقًا فَاحِشًا إِن شَاءَ المَالِكُ دَفَعَ الثَّوبَ إِليهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِن شَاءَ أَمسَكَ الثَّوبَ وَضَمَّنَهُ النُّقصَانَ.

وَلهُ أَنَّ المَالِيَّةَ وَإِن كَانَت مُعتَبَرَةً فِي الذَّاتِ فَالآدَمِيَّةُ غَيرُ مُهدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الأَطرَافِ أَيضًا، أَلا تَرَى أَنَّ عَبدًا لو قَطَعَ يَدَ عَبدٍ آخَرَ يُؤمَرُ المَولى بِالدَّفعِ أَو الفِدَاءِ وَهَذَا مِن أَحكَامِ الآدَمِيَّةِ، لأَنَّ مُوجِبَ الجِنَايَةِ عَلى المَال أَن تُبَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا ثُمَّ مِن أَحكَامِ الأُولى أَن لا يَنقَسِمَ عَلى الأَجزَاءِ، وَلا يَتَمَلكَ الجُثَّةَ، وَمِن أَحكَامِ الثَّانِيَةِ أَن يَنقَسِمَ وَيَتَمَلكَ الجُثَّةَ فَوَفَّرنَا عَلى الشَّبَهَينِ حَظَّهُمَا مِن الحُكمِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ **فَقَأَ عَيْنَيْ مَمْلُوك**) هَذه المَسْأَلةُ تُسَمَّى مَسْأَلةَ الجُثَّة العَمْيَاء وَصُورَتُهَا ظَاهِرَةٌ، وَدَليلُ الشَّافعيِّ رَحمَهُ اللهُ كَذَلكَ، وَقَاسَ عَلى مَا إذَا **قَطَعَ يَدَيْ حُرٍّ أَوْ مُدَبَّرٍ**، وَعَلى مَا إذَا **قَطَعَ إحْدَى يَدَيْه وَفَقَأَ إحْدَى عَيْنَيْه**. وَنَحْنُ نَقُولُ: إنَّ المَاليَّةَ قَائمَةٌ في الذَّات وَهيَ مُعْتَبَرَةٌ في حَقِّ الأَطْرَاف؛ لأَنَّ اعْتبَارَهَا في حَقِّ الذَّات: أَيْ: جَميعُ البَدَن وَحْدَهُ مُقْتَصرًا عَلَيْه سَاقطٌ بالإجْمَاع، فَإنَّ الشَّرْعَ قَدْ أَوْجَبَ كَمَال الدِّيَة بتَفْويت جنْس المَنْفَعَة بتَفْويت الأَطْرَاف؛ وَلأَنَّهَا أَوْلى باعْتبَار المَاليَّة فيهَا؛ لأَنَّهَا يُسْلَكُ بمَا مَسْلَكُ الأَمْوَال، وَإذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً في الأَطْرَاف كَانَ قيَامُهَا فيهَا كَقيَامهَا في الذَّات وَفَوَاتُهَا بفَوَاتهَا كَفَوَاتهَا بفَوَات الذَّات، فَكَانَ إتْلافُ الأَطْرَاف كَإتْلاف الذَّات منْ وَجْه بتَفْويت جنْس المَنْفَعَة.

(وَقَدْ وُجدَ إتْلافُ النَّفْس منْ وَجْه بتَفْويت جنْس المَنْفَعَة) فَيَجبُ الضَّمَانُ (وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بقيمَة الكُلِّ) وَأَدَاءُ قيمَة الكُلِّ يَقْتَضي (تَمَلُّكَ الجُثَّة؛ دَفْعًا للضَّرَر وَرعَايَةً للمُمَاثَلة بخلاف مَا إذَا فَقَأَ عَيْنَيْ حُرٍّ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ فيه مَعْنَى المَاليَّة، وَبخلاف عَيْنَيْ المُدَبَّر؛ لأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الانْتقَال منْ ملك إلى ملك، وَفي **قَطْع إحْدَى اليَدَيْن وَفَقْء إحْدَى العَيْنَيْن** لَمْ يُوجَدْ تَفْويتُ جنْس المَنْفَعَة) حَتَّى يَصيرَ بمَنْزلة إتْلاف النَّفْس. وَلَمَّا فَرَغَ منْ الاسْتدْلال عَلى الشَّافعيِّ رَحمَهُ اللهُ شَرَعَ في الاسْتدْلال، لبَعْض أَصْحَابنَا رَحمَهُمُ اللهُ فَقَال (وَلَهُمَا) أَيْ لأَبي يُوسُفَ وَمُحَمَّد رَحمَهُمَا اللهُ (أَنَّ مَعْنَى المَاليَّة لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ المَوْلى عَلى الوَجْه الذي ذَكَرْنَاهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ وَقَالا إنْ شَاءَ أَمْسَكَ العَبْدَ إلخْ وَبَيَّنَ المُلازَمَةَ بقَوْله (كَمَا في سَائر الأَمْوَال، فَإنَّ **مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْره خَرْقًا فَاحشًا** إنْ شَاءَ المَالكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إلَيْه وَضَمَّنَهُ قيمَتَهُ.

وَإنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ.

وَلَهُ أَنَّ المَاليَّةَ وَإنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً في الذَّات فَالآدَميَّةُ غَيْرُ مُهْدَرَة فيه وَفي الأَطْرَاف أَيْضًا، أَلا تَرَى أَنَّ عَبْدًا إلخْ) وَهُوَ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ منْ أَحْكَام الأُولى) أَيْ: الآدَميَّة (أَنْ لا يَنْقَسمَ عَلى الأَجْزَاء) لأَنْ لا يَتَوَزَّعَ كَمَالُ بَدَل النَّفْس عَلى النَّفْس وَالفَائت منْ الطَّرَف، بَل يَكُونُ بإزَاء الفَائت لا غَيْرُ كَمَا في فَقْء عَيْنَيْ الحُرِّ (وَلا يَتَمَلَّكُ الجُثَّةَ).

وَقَوْلُهُ (وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ) أَيْ: المَالِيَّة (أَنْ يَنْقَسِمُ) أَيْ مُوجِبُ الجِنَايَةِ وَهُوَ الضَّمَانُ عَلى الأُجَرَاءِ وَالجُثَّةِ وَتَمَلُّكُ الجُثَّة كَمَا فِي تَخْرِيقِ الثَّوْبِ.

(فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا مِنْ الحُكْمِ) يَعْنِي بِالنَّظَرِ إلى الآدَمِيَّة يَنْبَغِي أَنْ لا يَجِبَ الضَّمَانُ مُتَوَزِّعًا بَل بِإِزَاءِ الفَائِتِ لا غَيْرُ، وَبِالنَّظَرِ إلى المَالِيَّة لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ كُل بَدَل العَيْنِ مَعَ إِمْسَاكِه الجُثَّة كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي المَال، وَفِيمَا قَالا إِلْغَاءٌ لجَانب الآدَمِيَّة حَيْثُ جَعَلاهُ كَالثَّوْب المَخْرُوق، وَفِيمَا قَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ إِلْغَاءٌ لجَانب المَالِيَّةِ أَصْلا حَيْثُ جَعَلَهُ كَحُرٍّ فُقِئَ عَيْنَاهُ فَوَفَّرْنَا عَلى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا وَقُلنَا: إِنْ شَاءَ المَوْلى دَفَعَ عَبْدَهُ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ نَظَرًا إلى المَالِيَّةِ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلا شَيْءَ لَهُ نَظَرًا إلى الآدَمِيَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ فِي جِنَايَةِ المُدبَّرِ وَأُمِّ الوَلدِ

قَال (وَإِذَا جَنَى المُدبَّرُ أَو أُمُّ الوَلدِ جِنَايَةً ضَمِنَ) المَولى الأقَل مِن قِيمَتِهِ وَمِن أَرشِهَا (لِمَا رُوِيَ عَن أَبِي عُبَيدَةَ ﷺ أَنَّهُ قَضَى بِجِنَايَةِ المُدبَّرِ على مَولاهُ)، وَلأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا عَن تَسليمِهِ فِي الجِنَايَةِ بِالتَّدبِيرِ أَو الاستِيلادِ مِن غَيرِ اختِيَارِهِ الفِدَاءَ فَصَارَ كَمَا إِذَا فَعَل ذَلِكَ بَعدَ الجِنَايَةِ وَهُوَ لا يَعلمُ. وَإِنَّمَا يَجِبُ الأقَلُّ مِن قِيمَتِهِ وَمِن الأَرشِ؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ فِي أَكثَرَ مِن الأَرشِ، وَلا مَنعَ مِن المَولى فِي أَكثَرَ مِن القِيمَةِ، وَلا تَخيِيرَ بَينَ الأقَلِّ وَالأَكثَرِ لأَنَّهُ لا يُفِيدُ فِي جِنسٍ وَاحِدٍ لاختِيَارِهِ الأقَل لا مَحَالَةَ، بِخِلافِ القِنِّ لأَنَّ الرَّغَبَاتِ صَادِقَةٌ فِي الأَعيَانِ فَيُفِيدُ التَّخيِيرَ بَينَ الدَّفعِ وَالفِدَاءِ (وَجِنَايَاتُ المُدبَّرِ وَإِن تَوَالت لا تُوجِبُ إلا قِيمَةً وَاحِدَةً) لأَنَّهُ لا مَنعَ مِنهُ إلا فِي رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلأَنَّ دَفعَ القِيمَةِ كَدَفعِ العَبدِ وَذَلِكَ لا يَتَكَرَّرُ فَهَذَا كَذَلِكَ، وَيَتَضَارَبُونَ بِالحِصَصِ فِيهَا، وَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَليهِ لأَنَّ المَنعَ فِي هَذَا الوَقتِ يَتَحَقَّقُ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي جِنَايَةِ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلد): لَمَّا ذَكَرْنَا بَابَ جِنَايَة المَمْلُوك وَالجنَايَة عَلَيْه قَدَّمَ مَنْ هُوَ أَكْمَلُ فِي اسْتِحْقَاق اسْمِ المَمْلُوكِيَّة وَهُوَ العَبْدُ، ثُمَّ ذَكَرَ فَصْل مَنْ هُوَ أَحَطُّ رُتْبَةً مِنْهُ فِي اسْمِ المَمْلُوكِيَّة وَهُوَ المُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلد، غَيْرَ أَنَّ أُمَّ الوَلد أَحَطُّ رُتْبَةً أَيْضًا مِنْ المُدَبَّرِ فِي ذَلِكَ الاسْمِ حَتَّى أَنَّ القَاضِيَ لوْ قَضَى بِجَوَازِ بَيْعِهَا لا يَنْفُذُ، بِخِلافِ المُدَبَّرِ

وَهِيَ أُنْثَى أَيْضًا فَالأُنُوثَةُ وَالانْحِطَاطُ فِي اسْمِ المَمْلُوكِيَّةِ أَوْجَبَا تَأْخِيرَ ذِكْرِهَا عَنْ ذِكْرِ المُدَبَّرِ.

قَالَ (وَإِذَا جَنَى **المُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَد جِنَايَةً** ضَمِنَ المَوْلَى إلخ) جِنَايَةُ المُدَبَّرِ عَلَى سَيِّدِهِ فِي مَالِهِ دُونَ عَاقِلَتِهِ حَالَةٌ (لِمَا رُوِيَ أَنَّ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الجَرَّاحِ ﷺ قَضَى بِجِنَايَةِ المُدَبَّرِ عَلَى مَوْلاهُ) وَكَانَ أَمِيرًا بِالشَّامِ، وَقَضَايَاهُ تَظْهَرُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَكَانَ حُكْمُهُ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكِرْهُ عَلَيْهِ أَحَدٌ فَحَلَّ مَحَلَّ الإِجْمَاعِ (؛ وَلأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا مِنْ تَسْلِيمِهِ) كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَيَضْمَنُ المَوْلَى الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الأَرْشِ؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ فِي أَكْثَرَ مِنْ الأَرْشِ وَلا مَنْعَ مِنْ المَوْلَى فِي أَكْثَرَ مِنْ القِيمَةِ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُخَيَّرُ بَيْنَ الأَقَلِّ وَالأَكْثَرِ) وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَيَتَضَارَبُونَ بِالحِصَصِ فِيهَا) أَيْ فِي القِيمَةِ (وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَمِنْ صُورَتِهِ مَا ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوطِ قَالَ: **وَإِذَا قَتَلَ المُدَبَّرُ رَجُلا خَطَأً وَقِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ ثُمَّ زَادَتْ قِيمَتُهُ إِلَى أَلْفَيْنِ ثُمَّ قَتَلَ آخَرَ خَطَأً ثُمَّ أَصَابَهُ عَيْبٌ فَرَجَعَتْ قِيمَتُهُ إِلَى خَمْسمِائَةٍ ثُمَّ قَتَلَ آخَرَ خَطَأً** فَعَلَى مَوْلاهُ أَلْفَا دِرْهَمٍ؛ لأَنَّهُ جَنَى عَلَى الثَّانِي وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ إلا تِلْكَ الجِنَايَةُ لَكَانَ المَوْلَى ضَامِنًا قِيمَتَهُ أَلْفَيْنِ ثُمَّ أَلْفًا مِنْ هَذَا الوَلِيِّ القَتِيلِ الأَوْسَطِ خَاصَّةً؛ لأَنَّ وَلِيَّ الأَوَّلِ إِنَّمَا يَثْبُتُ حَقُّهُ فِي قِيمَتِهِ يَوْمَ جَنَى عَلَى وَلِيِّهِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَلا حَقَّ لَهُ فِي الأَلْفِ الثَّانِيَةِ فَيُسَلَّمُ ذَلِكَ لِوَلِيِّ القَتِيلِ الأَوْسَطِ وَخَمْسُمِائَةٍ مِنْ الأَلْفِ الأُولَى بَيْنَ وَلِيِّ القَتِيلِ الأَوَّلِ وَبَيْنَ الأَوْسَطِ؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ فِي هَذِهِ الخَمْسمِائَةِ لِوَلِيِّ القَتِيلِ الثَّالِثِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي قِيمَتِهِ يَوْمَ جَنَى عَلَى وَلِيِّهِ فَتُقْسَمُ هَذِهِ الخَمْسُمِائَةِ بَيْنَ الأَوْسَطِ وَالأَوَّلُ يُضْرَبُ فِيهَا الأَوَّلُ بِعَشَرَةِ آلافٍ وَالأَوْسَطُ بِتِسْعَةِ آلافٍ؛ لأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ حَقِّهِ أَلْفٌ وَالخَمْسُمِائَةِ البَاقِيَةُ بَيْنَهُمْ جَمِيعًا يُضْرَبُ فِيهَا الآخَرُ بِعَشَرَةِ آلافٍ؛ لأَنَّهُ مَا وَصَلَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ حَقِّهِ، وَيُضْرَبُ الأَوَّلُ بِعَشَرَةِ آلافٍ إلا مَا أَخَذَ؛ لأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ حَقِّهِ مِقْدَارُ المَأْخُوذِ فَلا يُضْرَبُ بِهِ، وَكَذَلِكَ الأَوْسَطُ لا يُضْرَبُ بِمَا أَخَذَ فِي المَرَّتَيْنِ، وَإِنَّمَا يُضْرَبُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ فَنَقْسِمُ الخَمْسَمِائَةِ بَيْنَهُمْ عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (فَإِن جَنَى جِنَايَةً أُخرَى وَقَد دَفَعَ المَولى القِيمَةَ إلى وَليِّ الأُولى بِقَضَاءٍ فَلا

شَيءَ عَليهِ) لأنَّهُ مَجبُورٌ على الدَّفعِ.

قَال (وَإن كَانَ المَولى دَفعَ القِيمَةَ بِغَيرِ قَضَاءٍ فَالوَليُّ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ اتَّبَعَ المَولى وَإن شَاءَ اتَّبَعَ وَليَّ الجِنَايَةِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا شَيءَ عَلَى المَولى) لأنَّهُ حِينَ دَفَعَ لم تَكُن الجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ مَوجُودَةً فَقَد دَفَعَ كُل الحَقِّ إلى مُستَحِقِّهِ وَصَارَ كَمَا إذَا دَفَعَ القَضَاءَ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَولى جَانٍ بِدَفعِ حَقِّ وَليِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ طَوعًا، وَوَليُّ الأُولى ضَامِنٌ بِقَبضِ حَقِّهِ ظُلمًا فَيَتَخَيَّرُ، وَهَذَا لأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكمًا مِن وَجهٍ وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَليُّ الجِنَايَةِ الأُولى، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكمًا مِن حَيثُ إنَّهُ تُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَومَ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا فَجُعِلت كَالمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضمِينِ لإِبطَالِهِ مَا تَعلَقَ بِهِ مِن حَقِّ وَليِّ الثَّانِيَةِ عَمَلا بِالشَّبَهَينِ.

(وَإِذَا أَعتَقَ المَولى المُدَبَّرَ وَقَد جَنَى جِنَايَاتٍ لم تَلزَمهُ إلا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ) لأَنَّ الضَّمَانَ إنَّمَا وَجَبَ عَليهِ بِالمَنعِ فَصَارَ وُجُودُ الإِعتَاقِ مِن بَعدُ وَعَدَمُهُ بِمَنزِلَةٍ (وَأُمُّ الوَلَدِ بِمَنزِلَةِ المُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفنَا) لأَنَّ الاستِيلادَ مَانِعٌ مِن الدَّفعِ كَالتَّدبِيرِ (وَإِذَا أَقَرَّ المُدَبَّرُ بِجِنَايَةِ الخَطَإِ لم يَجُز إقرَارُهُ وَلا يَلزَمُهُ بِهِ شَيءٌ عَتَقَ أَو لم يُعتَق) لأَنَّ مُوجَبَ جِنَايَةِ الخَطَإِ عَلَى سَيِّدِهِ وَإِقرَارُهُ بِهِ لا يَنفُذُ عَلى السَّيِّدِ، وَاَللهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلا شَيْءَ عَلَيْه) أَيْ عَلى المَوْلى؛ لأَنَّهُ مَا لزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَةٍ وَاحِدَةٍ بجِنَايَاته وَهُوَ مَجْبُورٌ عَلى الدَّفْعِ فَلمْ يَبْقَ عَلَيْه شَيْءٌ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ **دَفَعَ قِيمَتَهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ** فَالوَلِيُّ بالخيَار) أَيْ فَوَلِيُّ الجنَايَة الثَّانيَة بالخيَار (إنْ شَاءَ اتَّبَعَ المَوْلى) بنِصْف قيمَته في ذمَّته ثُمَّ يَرْجعُ المَوْلى عَلى الأَوَّل؛ لأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَوْفَى مِنْهُ زِيَادَةً عَلى مقْدَارِ حَقِّه (وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الجنَايَة) الأُولى وَهَذَا عِنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ، وَقَالا: لا شَيْءَ (عَلى المَوْلى)؛ لأَنَّهُ ليْسَ بجَانٍ في الدَّفْعِ (؛ لأَنَّهُ حينَ دَفَعَ لَمْ تَكُنْ الجنَايَةُ الثَّانيَةُ مَوْجُودَةً، وَقَدْ دَفَعَ كُل الحَقِّ إلى مُسْتَحقِّه فَصَارَ كَمَا إذَا دَفَعَ بالقَضَاء)؛ لأَنَّهُ فَعَل بنَفْسه عَيْنَ مَا يَأْمُرُهُ القَاضِي لوْ رُفعَ إليْه فَيَكُونُ القَضَاءُ.

وَغَيْرُ القَضَاء فيه سَوَاءً كَمَا في الرُّجُوعِ في الهبَة. وَلأَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ أَنَّ كُل وَاحدٍ منْ الدَّافعِ وَالقَابضِ جَان، أَمَّا الدَّافعُ وَهُوَ المَوْلى؛ فَلأَنَّهُ دَفَعَ حَقَّ وَلِيِّ الجنَايَة الثَّانيَة

طَوْعًا، وَأَمَّا القَابِضُ وَهُوَ وَلِيُّ الجِنَايَةِ الأُولى فَيَقْبِضُ حَقَّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ ظُلمًا، وَالرُّجُوعُ عَلى الجَانِي جَائِزٌ فَيُخَيَّرُ فِي الرُّجُوعِ وَبَيَّنَ ذَلِكَ بِقَوْلِه (وَهَذَا؛ لأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِنْ وَجْه وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيَّ الجِنَايَةِ الأُولى، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا، فَجُعِلَتْ الثَّانِيَةُ كَالمُقَارِنَة للأُولى فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لإِبْطَاله) أَيْ: إِبْطَال المَوْلى (مَا تَعَلقَ بِه مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَة) وَذَلِكَ؛ لأَنَّهُ يَجبُ عَلَيْه الضَّمَانُ باعْتبَارِ مَنْعِ الرَّقَبَةِ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ، وَذَلِكَ فِي حَقِّ أَوْلِيَاءِ الجِنَايَتَيْنِ سَوَاءٌ فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الدَّفْعَ كَانَ بَعْدَ وُجُودِ الجِنَايَتَيْنِ جَمِيعًا، وَهُنَاكَ لَوْ **دَفَعَ إِلى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ القِيمَةِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ** كَانَ للآخَرِ الخِيَارُ فَكَذَلكَ هَاهُنَا.

وَقَوْلُهُ (عَمَلا بالشَّبَهَيْنِ) يَعْنِي لَمَّا عَلمْنَا بِشَبَه التَّأْخِيرِ فِي ضَمَانِ الجِنَايَةِ حَتَّى اعْتَبَرْنَا قِيمَتَهُ يَوْمَ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا وَجَبَ أَنْ يَعْمَل بِشَبَه المُقَارَنَة فِي حَقِّ تَضْمِينِ نِصْفِ المَدْفُوعِ، وَقِيل جُعِلتْ الثَّانِيَةُ كَالمُقَارَنَة فِي حَقِّ التَّضْمِينِ إِذَا دَفَعَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ؛ لأَنَّهُ أَبْطَل مَا تَعَلقَ بِه حَقُّ الثَّانِي، وَلَمْ تُجْعَل كَالمُقَارَنَة إِذَا دَفَعَ بِقَضَاءٍ؛ لأَنَّهُ مَجْبُورٌ بِالدَّفْعِ عَمَلا بِشُبْهَةِ المُقَارَنَةِ وَالتَّأَخُّرِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا **أَعْتَقَ المَوْلى المُدَبَّرَ** إلخ) وَاضِحٌ.

بَابُ غَصْبِ العَبدِ وَالمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالجِنَايَةِ فِي ذَلكَ

قَال (وَمَن قَطَعَ يَدَ عَبدِهِ ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِن القَطعِ فَعَليهِ قِيمَتُهُ أَقطَعَ، وَإِن كَانَ المَولى قَطَعَ يَدَهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَمَاتَ مِن ذَلكَ فِي يَدِ الغَاصِبِ لا شَيءَ عَليهِ) وَالفَرقُ أَنَّ الغَصبَ قَاطِعٌ للسِّرَايَةِ لأَنَّهُ سَبَبُ المِلكِ كَالبَيعِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَقطَعَ، وَلم يُوجَد القَاطِعُ فِي الفَصل الثَّانِي فَكَانَت السِّرَايَةُ مُضَافَةً إِلى البِدَايَةِ فَصَارَ المَولى مُتلفًا فَيَصِيرُ مُستَردًّا، كَيفَ وَأَنَّهُ استَولى عَليهِ وَهُوَ استِردَادٌ فَيَبرأُ الغَاصِبُ عَن الضَّمَانِ.

الشرح:

(بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالجِنَايَة فِي ذَلكَ) لَمَّا ذَكَرَ حُكْمَ المُدَبَّرِ فِي الجِنَايَة ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ مَا يَردُ عَلَيْه وَمَا يَردُ مِنْهُ، وَذَكَرَ حُكْمَ مَنْ يَلحَقُ بِه.

قَال (وَمَنْ **قَطَعَ يَدَ عَبْده ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ**) ذَكَرَ فِي هَذه المَسْأَلة أَنَّ غَصْبَ العَبْدِ

بَعْدَ أنْ قطعَ المَوْلى يَدَهُ يَقْطعُ السِّرَايَةَ وَقَبْلهُ لا يَقْطَعُهَا، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا (بِأَنَّ الغَصْبَ سَبَبُ الملكِ كَالبَيْعِ، فَيصِيرُ كَأَنَّهُ هَلكَ بِآفَة سَمَاوِيَّةٍ فَيَجبُ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَلَمْ يُوجَدْ القَاطِعُ فِي الفَصْلِ الثَّاني فَكَانَتْ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إلى البِدَايَةِ فَصَارَ المَوْلى مُتْلفًا فَيصِيرُ مُسْتَرِدًّا) وَكَيْفَ لا يَكُونُ مُسْتَرِدًّا.

(وَأَنَّهُ اسْتَوْلى عَليْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الغَاصِبُ عَنْ الضَّمَانِ) وَاعْتَرَضَ الإِمَامُ قَاضِي خَانْ بِأَنَّ هَذَا يُخَالفُ مَذْهَبَنَا؛ فَإِنَّ الغَصْبَ لا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ مَا لَمْ يَمْلكْ البَدَلَ عَلى الغَاصِبِ بِقَضَاءٍ أَوْ رِضًا؛ لأَنَّ السِّرَايَةَ إنَّمَا تَنْقَطِعُ بِه بِاعْتِبَارِ تَبَدُّلِ الملكِ، وَإِنَّمَا يَتَبَدَّلُ الملكُ بِه إذَا مَلكَ البَدَلَ عَلى الغَاصِبِ، أَمَّا قَبْلهُ فَلا. قَالَ: نَصَّ عَليْهِ فِي آخرِ رَهْنِ الجَامعِ الثَّانِي مِنْ جِنَايَاته، إلا أَنَّهُ إنَّمَا ضَمَّنَ الغَاصِبَ هُنَا قِيمَةَ العَبْدِ أَقْطَعَ؛ لأَنَّ السِّرَايَةَ وَإِنْ لَمْ تَنْقَطِعْ فَالغَصْبُ وَرَدَ عَلى مَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَانْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَانِ فَلا يَبْرَأُ عَنْهُ الغَاصِبُ إلا إذَا ارْتَفَعَ الغَصْبُ وَلَمْ يَرْتَفِعْ؛ لأَنَّ الشَّيْءَ إنَّمَا يَرْتَفِعُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ أَوْ مِثْلهُ، وَيَدُ الغَاصِبِ ثَابِتَةٌ عَلى المَغْصُوبِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَيَدُ المَوْلى بِاعْتِبَارِ السِّرَايَةِ ثَبَتَتْ عَليْهِ حُكْمًا لا حَقِيقَةً؛ لأَنَّ بَعْدَ الغَصْبِ لَمْ تَثْبُتْ يَدُهُ عَلى العَبْدِ حَقِيقَةً.

وَالثَّابتُ حُكْمًا دُونَ الثَّابتِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلمْ يَرْتَفِعْ الغَصْبُ بِاتِّصَالِ السِّرَايَة إلى فِعْلِ المَوْلى فَتَقَرَّرَ عَليْهِ الضَّمَانُ، وَفِيه نَظَرٌ؛ لأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ يَدَ الغَاصِبِ عَليْهِ ثَابِتَةٌ حُكْمًا، فَإِنَّ يَدَ المَوْلى ثَابِتَةٌ عَليْهِ حُكْمًا، وَلا تَثْبُتُ عَلى الشَّيْءِ الوَاحدِ يَدَانِ حُكْمِيَّتَانِ بِكَمَالهِمَا، وَاليَدُ الحَقِيقِيَّةُ وَاجبَةُ الرَّفْعِ لكَوْنِهَا عُدْوَانًا لا يَصْلُحُ مُعَارِضًا وَلا مُرَجِّحًا.

قال (وَإِذَا غَصَبَ العَبدُ المَحجُورُ عليهِ عَبدًا مَحجُورًا عليهِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ) لأنَّ المَحجُورَ عليهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفعَالهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا غَصَبَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَليْه) وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَاله) يَعْنِي فِي حَالِ رِقِّه، وَأَمَّا فِي أَقْوَاله؛ فَإِنْ كَانَ فِيمَا يُوجِبُ الحُدُودَ وَالقِصَاصَ فَكَذَلكَ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا يَجِبُ بِه المَالُ فَلا يُؤَاخَذُ بِه فِي رِقِّه، وَإِنَّمَا يُؤَاخَذُ بِه بَعْدَ الحُرِّيَّة.

قال (وَمَن غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَى عِندَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ على المَولى فَجَنَى عِندَهُ جِنَايَةً أُخرَى فَعلَى المَولى قِيمَتُهُ بَينَهُمَا نِصفَانِ) لأنَّ المَولى بِالتَّدبِيرِ السَّابِقِ أَعجَزَ نَفسَهُ عَن

الدَّفعِ مِن غَيرِ أَن يَصِيرَ مُختَارًا للفِدَاءِ فَيَصِيرُ مُبطِلا حَقَّ أَولِيَاءِ الجِنَايَةِ إذ حَقُّهُم فِيهِ وَلَم يَمنَع إلا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلا يُزَادُ عَلَى قِيمَتِهَا، وَيَكُونُ بَينَ وَلِيِّ الجِنَايَتَينِ نِصفَينِ لاستِوَائِهِمَا فِي المُوجَبِ. قَال (وَيَرجِعُ المَولى بِنِصفِ قِيمَتِهِ عَلَى الغَاصِبِ) لأَنَّهُ استَحَقَّ نِصفَ البَدَلِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَصَارَ كَمَا إذَا استَحَقَّ نِصفَ العَبدِ بِهَذَا السَّبَبِ. قَال (وَيَدفَعُهُ إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولى ثُمَّ يَرجِعُ بِذَلكَ عَلَى الغَاصِبِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَرجِعُ بِنِصفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلِّمُ لهُ) لأَنَّ الذِي يَرجِعُ بِهِ المَولى عَلَى الغَاصِبِ عِوَضُ مَا سَلِمَ لوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولى فَلا يَدفَعُهُ إليهِ كَي لا يُؤَدِّيَ إلى اجتِمَاعِ البَدَلِ وَالمُبدَلِ فِي مِلكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَكَيلا يَتَكَرَّرَ الاستِحقَاقُ. وَلهُمَا أَنَّ حَقَّ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ القِيمَةِ لأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انتَقَصَ بِاعتِبَارِ مُزَاحَمَةِ الثَّانِي فَإِذَا وَجَدَ شَيئًا مِن بَدَلِ العَبدِ فِي يَدِ المَالكِ فَارِغًا يَأخُذُهُ ليُتِمَّ حَقَّهُ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنهُ يَرجِعُ المَولى بِمَا أَخَذَهُ عَلَى الغَاصِبِ لأَنَّهُ استَحَقَّ مِن يَدِهِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا للفِدَاءِ)؛ لأَنَّ المَوْلى لَمْ يَعْلَمْ وَقْتَ التَّدْبِيرِ بِجِنَايَةٍ تَحْدُثُ مِنْ المُدَبَّرِ فِي المُسْتَقْبَل فَصَارَ هَذَا بِمَنْزِلة إعْتَاقِ العَبْدِ الجَانِي مِنْ غَيْرِ عِلمٍ بِجِنَايَتِهِ؛ فَإِنَّ فِيهِ الأَقَل مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الأَرْشِ فَكَذَا هَذَا. وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا إذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ العَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ) أَيْ بِسَبَبٍ كَانَ عِنْدَ الغَاصِبِ كَمَا إذَا **غَصَبَ عَبْدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ فَرَدَّهُ إلى المَوْلى فَجَنَى جِنَايَةً فَدُفِعَ إلى وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ** كَانَ للمَوْلى أَنْ يَأْخُذَ مِنْ الغَاصِبِ نِصْفَ قِيمَتِهِ، كَذَا هَذَا وَقَوْلُهُ (وَيَدْفَعُهُ) أَيْ النِّصْفَ المَأْخُوذَ مِنْ الغَاصِبِ (إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولى ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلكَ) أَيْ بِالمَدْفُوعِ إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ (عَلى الغَاصِبِ، وَهَذَا) أَيْ هَذَا الدَّفْعُ الثَّانِي وَالرُّجُوعُ الثَّانِي (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلِّمُ لهُ) أَيْ لا يَدْفَعُهُ إلى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولى (لأَنَّ الذِي يَرْجِعُ بِهِ المَوْلى عَلى الغَاصِبِ عِوَضُ مَا سَلِمَ لوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولى فَلا يَدْفَعُهُ إليْهِ؛ لئَلا يُؤَدِّيَ إلى اجْتِمَاعِ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ فِي مِلكِ

رَجُلٍ وَاحِدٍ؛ وَلِئَلا يَتَكَرَّرَ الاسْتِحْقَاقُ).

وَالجَوَابُ أَنَّ المَوْلى مَلكَ مَا قَبَضَهُ مِنْ الغَاصِبِ، وَدَفَعَهُ إلى وَلِيِّ الجنَايَةِ الأُولى عِوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ وَلِيُّ الجنَايَةِ الثَّانِيَةِ دُونَ الأُولى فَلا يَجْتَمِعُ البَدَلُ، وَالمُبْدَلُ فِي مِلكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ (وَلهُمَا أَنَّ حَقَّ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ القِيمَةِ؛ لأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ حَقُّهُ بِمُزَاحَمَةِ الثَّانِي؛ فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ العَبْدِ فِي يَدِ المَالِكِ فَارِغًا أَخَذَهُ إِتْمَامًا لِحَقِّهِ، وَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ المَوْلى بِمَا أَخَذَهُ عَلى الغَاصِبِ؛ لأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ لِلأُولى فَكَيْفَ يَكُونُ حَقُّ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ القِيمَةِ. وَالجَوَابُ أَنَّ المُقَارَنَةَ جُعِلتْ حُكْمًا فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لا غَيْرُ، وَالأُولى مُتَقَدِّمَةٌ حَقِيقَةً وَقَدْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِكُلِّ القِيمَةِ مِنْ غَيْرِ مُزَاحِمٍ وَأَمْكَنَ تَوْفِيرُ مُوجِبِهَا فَلا يَمْتَنِعُ بِلا مَانِعٍ.

قال (وَإِن كَانَ جَنَى عِندَ المَولى فَغَصَبَهُ رَجُلٌ فَجَنَى عِندَهُ جِنَايَةً أُخرَى فَعَلى المَولى قِيمَتُهُ بَينَهُمَا نِصفَانِ وَيَرجِعُ بِنِصفِ القِيمَةِ عَلى الغَاصِبِ) لمَا بَيَّنَّا فِي الفَصلِ الأَوَّلِ، غَيرَ أَنَّ استِحقَاقَ النِّصفِ حَصَلَ بِالجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ إذ كَانَت هِيَ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَيَدفَعُهُ إلى وَليِّ الجِنَايَةِ الأُولى وَلا يَرجِعُ بِهِ عَلى الغَاصِبِ وَهَذَا بِالإِجمَاعِ. ثُمَّ وَضَعَ المَسأَلةَ فِي العَبدِ فَقَالَ (وَمَن غَصَبَ عَبدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهُ فَجَنَى جِنَايَةً أُخرَى فَإِنَّ المَولى يَدفَعُهُ إلى وَليِّ الجِنَايَتَينِ ثُمَّ يَرجِعُ عَلى الغَاصِبِ بِنِصفِ القِيمَةِ فَيَدفَعُهُ إلى الأَوَّلِ وَيَرجِعُ بِهِ عَلى الغَاصِبِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَرجِعُ بِنِصفِ القِيمَةِ فَيُسَلِّمُ لهُ)، وَإِن جَنَى عِندَ المَولى ثُمَّ غَصَبَهُ فَجَنَى فِي يَدِهِ دَفَعَهُ المَولى نِصفَينِ وَيَرجِعُ بِنِصفِ قِيمَتِهِ فَيَدفَعُهُ إلى الأَوَّلِ وَلا يَرجِعُ بِهِ (وَالجَوَابُ فِي العَبدِ كَالجَوَابِ فِي المُدَبَّرِ) فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا، إلا أَنَّ فِي هَذَا الفَصلِ يَدفَعُ المَولى العَبدَ وَفِي الأَوَّلِ يَدفَعُ القِيمَةَ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ المَوْلى فَغَصَبَهُ رَجُلٌ) هَذِهِ المَسْأَلةُ عَكْسُ المَسْأَلةِ المُتَقَدِّمَةِ مِنْ حَيْثُ الوَضْعُ وَحُكْمُهُ مَا ذَكَرَهُ وَهُوَ بِالاتِّفَاقِ وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ المَسْأَلةِ المُتَقَدِّمَةِ أَنَّهُ مَتَى دَفَعَ نِصْفَ المَقْبُوضِ مِنْ الغَاصِبِ إلى وَلِيِّ الجنَايَةِ الأُولى لمْ يُؤَدِّ

إلى الجَمْعِ بَيْنَ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ؛ لأَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ الجنَايَةُ الأُولى عِنْدَ المَوْلى كَانَ مَا أَخذَهُ المَوْلى مِنْ الغَاصِبِ بَدَلا عَمَّا دَفَعَ إلى وَلِيِّ الجنَايَةِ الثَّانِيَةِ دُونَ الأُولى؛ لأَنَّ الثَّانِيَةَ هِيَ المَوْجُودَةُ عِنْدَ الغَاصِبِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ بَدَلا عَمَّا دَفَعَ إِلَيْهِ لا يَلزَمُ بِالدَّفْعِ جَمْعٌ بَيْنَ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ وَضَعَ) يَعْنِي أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ وَضَعَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ هَذِهِ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ بَعْدَمَا وَضَعَهَا فِي المُدَبَّرِ وَكَلامُهُ فِيهِ وَاضِحٌ.

قَال (وَمَن غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَى عِندَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ عَلى المَولى ثُمَّ غَصَبَهُ ثُمَّ جَنَى عِندَهُ جِنَايَةً فَعَلى المَولى قِيمَتُهُ بَينَهُمَا نِصفَانِ) لأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً وَاحِدَةً بِالتَّدبِيرِ فَيَجِبُ عَليهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ (ثُمَّ يَرجِعُ بِقِيمَتِهِ عَلى الغَاصِبِ) لأَنَّ الجِنَايَتَينِ كَانَتَا فِي يَدِ الغَاصِبِ (فَيَدفَعُ نِصفَهَا إلى الأَوَّلِ) لأَنَّهُ استَحَقَّ كُلَ القِيمَةِ، لأَنَّ عِندَ وُجُودِ الجِنَايَةِ عَليهِ لا حَقَّ لغَيرِهِ، وَإِنَّمَا انتَقَصَ بِحُكمِ المُزَاحِمَةِ مِن بُعدِ. قَال (وَيَرجِعُ بِهِ عَلى الغَاصِبِ) لأَنَّ الاستِحقَاقَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِهِ وَيُسَلِّمُ لهُ، وَلا يَدفَعُهُ إلى وَليِّ الجِنَايَةِ الأُولى، وَلا إلى وَليِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لأَنَّهُ لا حَقَّ لهُ إلا فِي النِّصفِ لسَبقِ حَقِّ الأَوَّلِ وَقَد وَصَل ذَلكَ إليهِ. ثُمَّ قِيل: هَذِهِ المَسأَلةُ عَلى الاختِلافِ كَالأُولى، وَقِيل عَلى الاتِّفَاقِ. وَالفَرقُ لمُحَمَّدٍ أَنَّ فِي الأُولى الذِي يَرجِعُ بِهِ عِوَضٌ عَمَّا سَلمَ لوَليِّ الجِنَايَةِ الأُولى لأَنَّ الجِنَايَةَ الثَّانِيَةَ كَانَت فِي يَدِ المَالكِ، فَلو دَفَعَ إليهِ ثَانِيًا يَتَكَرَّرُ الاستِحقَاقُ، فَأَمَّا فِي هَذِهِ المَسأَلةِ فَيُمكِنُ أَن يُجعَل عِوَضًا عَن الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لحُصُولهَا فِي يَدِ الغَاصِبِ فَلا يُؤَدِّي إلى مَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً) كَذَلِكَ وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيل هَذِهِ المَسْأَلةُ عَلى الاختِلافِ) يَعْنِي قَال بَعْضُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللهُ: فِي هَذِهِ المَسْأَلةِ خِلافُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَيْضًا كَمَا فِي المَسْأَلةِ الأُولى حَتَّى يُسَلِّمَ للمَوْلى مَا رَجَعَ بِهِ مِنْ القِيمَةِ عَلى الغَاصِبِ، وَلا يَأْخُذُ وَلِيُّ الجنَايَةِ الأُولى مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ، وَقِيل عَلى الاتِّفَاقِ، وَيَأْخُذُ وَلِيُّ الجنَايَةِ الأُولى تَمَامَ حَقِّهِ وَهُوَ نِصفُ القِيمَةِ مِنْ المَوْلى إذَا رَجَعَ عَلى الغَاصِبِ قِيل وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ ذَكَرَ هَذِهِ المَسْأَلةَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ بِلا خِلافٍ، وَكَذَا قَرَّرَهُ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللهُ وَغَيْرُهُ فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ.

فَعَلى هَذَا يَحْتَاجُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ إلى الفَرْقِ بَيْنَ هَاتَيْنِ المَسْأَلتَيْنِ وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي

الكتَاب، لكنَّ قَوْلَهُ (فَأَمَّا فِي هَذه المَسْأَلة فَيُمْكنُ إلخ) فيه نَظَرٌ؛ فَإنَّ الجنَايَةَ الثَّانيَةَ وَإنْ حَصَلَتْ فِي يَد الغَاصب لكنْ أَخَذَ المَوْلَى مِنْهُ حَقَّهَا أَوَّل مَرَّةٍ وَلَمْ يَبْقَ لوَليِّهَا اسْتحْقَاقٌ حَتَّى يُجْعَل المَأْخُوذُ منْ الغَاصب ثَانيًا فِي مُقَابَلة مَا أَخَذَهُ.

قَال (وَمَن غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجأَةً أَو بِحُمَّى فَلَيسَ عَليهِ شَيءٌ، وَإن مَاتَ مِن صَاعِقَةٍ أَو نَهسَةِ حَيَّةٍ فَعَلَى عَاقِلَةِ الغَاصِبِ الدِّيَةُ) وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَضمَنَ فِي الوَجهَينِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لأَنَّ الغَصبَ فِي الحُرِّ لا يَتَحَقَّقُ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ لو كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لا يَضمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أَولَى. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ لا يَضمَنُ بِالغَصبِ وَلَكِن يَضمَنُ بِالإِتلافِ، وَهَذَا إتلافٌ تَسَبُّبًا لأَنَّهُ نَقَلَهُ إلى أَرضٍ مَسبَعَةٍ أَو إلى مَكَانِ الصَّوَاعِقِ، وَهَذَا لأَنَّ الصَّوَاعِقَ وَالحَيَّاتِ وَالسِّبَاعَ لا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَان، فَإِذَا نَقَلَهُ إليهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ وَقَد أَزَال حِفظَ الوَلِيِّ فَيُضَافُ إليهِ، لأَنَّ شَرطَ العِلَّةِ يُنَزَّلُ مَنزِلَةَ العِلَّةِ إذَا كَانَ تَعَدِّيًا كَالحَفرِ فِي الطَّرِيقِ، بِخِلافِ المَوتِ فَجأَةً أَو بِحُمَّى، لأَنَّ ذَلكَ لا يَختَلِفُ بِاختِلافِ الأَمَاكِنِ، حَتَّى لو نَقَلَهُ إلى مَوضِعٍ يَغلِبُ فِيهِ الحُمَّى وَالأَمرَاضُ نَقُولُ بِأَنَّهُ يَضمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ عَلى العَاقِلَةِ لِكَونِهِ قَتلا تَسبِيبًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا**) أَيْ ذَهَبَ به بغَيْر إذْن وَليِّه فَيَكُونُ ذكَرَ الغَصْبَ فِي هَذَا المَوْضع بطَريق المُشَاكَلة، وَهُوَ أَنْ يَذْكُرَ الشَّيْءَ بلَفْظ غَيْره لوُقُوعه فِي صُحْبَته، وَكَلامُهُ ظَاهرٌ خَلا أَنَّهُ يَردُ عَلى وَجْه الاسْتحْسَان مَا إذَا **غَصَبَ مُكَاتَبًا وَنَقَلهُ إلى هَذه الأَمَاكن وَهَلَكَ** فَإنَّهُ لا ضَمَانَ وَالتَّعَدِّي فِي التَّسْبيب فيه مَوْجُودٌ. وَأُجيبَ بأَنَّ المُكَاتَبَ فِي يَد نَفْسه وَإنْ كَانَ صَغيرًا فَإنَّهُ لَيْسَ لأَحَد ولايَةُ تَزْويجه فَكَانَ كَالحُرِّ الكَبير، وَالحُرُّ الكَبيرُ فِي يَد نَفْسه، فَكَذَا المُكَاتَبُ وَإنْ كَانَ صَغيرًا.

فَإنْ قيل مَا حُكْمُ الحُرِّ الكَبير إذَا نُقل إلى هَذه الأَمَاكن تَعَدِّيًا فَأَصَابَهُ شَيْءٌ منْ ذَلكَ؟ أُجيبَ بأَنَّ حُكْمَهُ أَنْ يُنْظَرَ إنْ كَانَ النَّاقلُ قَيَّدَهُ وَلَمْ يُمْكنْ التَّحَرُّزُ عَنْهُ ضَمنَ؛ لأَنَّ المَغْصُوبَ عَجزَ عَنْ حفْظ نَفْسه بمَا صَنَعَ فيه، فَيَجبُ الضَّمَانُ عَلى الغَاصب وَإنْ لَمْ يَمْنَعْهُ منْ حفْظ نَفْسه لا يَضْمَنُ؛ لأَنَّ البَالغَ العَاقل إذَا لَمْ يَحْفَظْ نَفْسَهُ بمَا صَنَعَ فيه فَيَجبُ الضَّمَانُ عَلى الغَاصب، وَإنْ لَمْ يَمْنَعْهُ منْ حفْظ نَفْسه لا يَضْمَنُ؛ لأَنَّ البَالغَ

العَاقِل إِذَا لَمْ يَحْفَظْ نَفْسَهُ مَعَ إِمْكَانِه كَانَ التَّلفُ مُضَافًا إِلى تَقْصِيرِه لا إِلى الغَاصِب فَلا يَضْمَنُ فَكَانَ حُكْمُ الحُرِّ الصَّغِيرِ حُكْمَ الحُرِّ الكَبِيرِ المُقَيَّد بِحَيْثُ لا يُمْكِنُهُ حِفْظُ نَفْسِه.

قَال (وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبدًا فَقَتَلَهُ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ، وَإِن أُودِعَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَم يَضمَن) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: يَضمَنُ فِي الوَجهَينِ جَمِيعًا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُودِعَ العَبدُ المَحجُورُ عَلَيهِ مَالا فَاستَهلَكَهُ لا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ فِي الحَالِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعدَ العِتقِ. وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الحَالِ. وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الإِقرَاضُ وَالإِعَارَةُ فِي العَبدِ وَالصَّبِيِّ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصلِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: صَبِيٌّ قَد عَقَلَ، وَفِي الجَامِعِ الكَبِيرِ وَضعُ المَسأَلَةِ فِي صَبِيٍّ ابنِ اثنَتَي عَشرَةَ سَنَةً، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيرَ العَاقِلِ يَضمَنُ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّ التَّسلِيطَ غَيرُ مُعتَبَرٍ وَفِعلَهُ مُعتَبَرٌ لَهُمَا أَنَّهُ أَتلَفَ مَالا مُتَقَوَّمًا مَعصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ فَيَجِبُ عَلَيهِ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا كَانَت الوَدِيعَةُ عَبدًا وَكَمَا إِذَا أَتلَفَهُ غَيرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ المُودَعِ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتلَفَ مَالا غَيرَ مَعصُومٍ فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا أَتلَفَهُ بِإِذنِهِ وَرِضَاهُ، وَهَذَا لأَنَّ العِصمَةَ تَثبُتُ حَقًّا لَهُ وَقَد فَوَّتَهَا عَلَى نَفسِهِ حَيثُ وَضَعَ المَالَ فِي يَدِ مَانِعَةٍ فَلا يَبقَى مُستَحِقًّا لِلنَّظَرِ إِلا إِذَا أَقَامَ غَيرَهُ مَقَامَ نَفسِهِ فِي الحِفظِ، وَلا إِقَامَةَ هَاهُنَا لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ عَلَى الاستِقلالِ عَلَى الصَّبِيِّ وَلا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفسِهِ، بِخِلافِ البَالِغِ وَالمَأذُونِ لَهُ لأَنَّ لَهُمَا وِلايَةً عَلَى أَنفُسِهِمَا وَبِخِلافِ مَا إِذَا كَانَت الوَدِيعَةُ عَبدًا لأَنَّ عِصمَتَهُ لِحَقِّهِ إِذ هُوَ مُبقًى عَلَى أَصلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا أَتلَفَهُ غَيرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ لأَنَّهُ سَقَطَت العِصمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلى الصَّبِيِّ الذِي وَضَعَ فِي يَدِهِ المَالَ دُونَ غَيرِهِ. قَال (وَإِن استَهلَكَ مَالا ضَمِنَ) يُرِيدُ بِهِ مِن غَيرِ إِيدَاعٍ؛ لأَنَّ الصَّبِيَّ يُؤَاخَذُ بِأَفعَالِهِ، وَصِحَّةُ القَصدِ لا مُعتَبَرَ بِهَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَاللهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَوْدَعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ) كَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَمَنْ أَوْدَعَ عِنْدَ صَبِيٍّ مَالا فَهَلَكَ فِي يَدِه لا ضَمَانَ عَلَيْه بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ الصَّبِيُّ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَة يَضْمَنُ بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْه وَلَكِنَّهُ قَبِلَ الوَدِيعَةَ بِأَمْرِ وَلِيِّه ضَمِنَ بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّه

فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لا فِي الحَالِ وَلا بَعْدَ الإِدْرَاكِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ فِي الحَالِ، وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَوْ **اسْتَهْلَكَ مَالَ الغَيْرِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ وَدِيعَةً** ضَمِنَ فِي الحَالِ وَهُوَ تَفْسِيرٌ حَسَنٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ العَاقِلِ يَضْمَنُ بِالاتِّفَاقِ) يُسَاعِدُهُ فِيهِ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللهُ حَيْثُ ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ هَكَذَا، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ مِنْ شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِصَدْرِ الإِسْلامِ وَقَاضِي خَانْ وَالتُّمُرْتَاشِيِّ فَالحُكْمُ عَلَى خِلافِ هَذَا حَيْثُ قَالُوا فِيهَا: هَذَا الخِلافُ فِيمَا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ عَاقِلا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِلا فَلا يَضْمَنُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَقَوْلُهُ (وَكَمَا إِذَا **أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ المُودَعِ**) يَعْنِي أَنَّهُ يَضْمَنُ المُتْلِفُ، وَلَوْ كَانَ التَّسْلِيطُ عَلَى الاسْتِهْلاكِ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ المُودَعِ لَثَبَتَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ أَيْضًا؛ لأَنَّ المَالَ الذِي سُلِّطَ عَلَى اسْتِهْلاكِهِ بِمَنْزِلَةِ المَالِ المُبَاحِ فَكُلُّ مَنْ أَتْلَفَهُ لا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَمَعْنَى التَّسْلِيطِ تَحْوِيلُ يَدِهِ فِي المَالِ إِلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (فِي يَدٍ مَانِعَةٍ) أَيْ مِنْ الإِيدَاعِ، وَالإِعَارَةِ: يَعْنِي أَنَّ المُودِعَ وَضَعَ المَالَ فِي يَدٍ مَانِعَةٍ عَنْ الإِيدَاعِ، وَمَنْ فَعَلَ كَذَلِكَ لا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ؛ لأَنَّهُ أَوْقَعَ مَالَهُ فِي يَدٍ تَمْنَعُ يَدَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ بِاخْتِيَارِهِ، إلا إِذَا كَانَ وَضَعَهُ فِيهَا بِإِقَامَةِ غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الحِفْظِ، وَلَمْ تُوجَدْ الإِقَامَةُ؛ لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ عَلَى الصَّبِيِّ وَلا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ فَكَانَ تَضْيِيعًا مِنْ جِهَتِهِ.

وَفِي قَوْلِهِ (لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ عَلَى الصَّبِيِّ) فِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ إِقَامَةَ غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ لا يَسْتَدْعِي ثُبُوتَ وِلايَةِ القَيِّمِ عَلَى المُقَامِ مَقَامَ نَفْسِهِ، وَإِلا لانْسَدَّ بَابُ الوَدِيعَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ: لَوْ كَانَ الإِيدَاعُ مِنْ الصَّبِيِّ تَسْلِيطًا لَهُ عَلَى الإِتْلافِ لَضَمِنَ الأَبُ مَالَ الوَدِيعَةِ بِتَسْلِيمِهِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ لِيَحْفَظَهَا؛ لأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ تَضْيِيعٌ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ وَالمُودَعُ يَضْمَنُ بِالتَّضْيِيعِ، وَمَعَ ذَلِكَ لا ضَمَانَ عَلَيْهِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: إِقَامَةُ غَيْرِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ تَسْتَلْزِمُ إِمَّا وِلايَةَ المُقِيمِ عَلَى مَنْ آقَامَهُ مَقَامَهُ كَمَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَوْ وِلايَةُ المُقَامِ عَلَى نَفْسِهِ كَمَا فِي سَائِرِ صُوَرِ الوَدَائِعِ، وَلَوْ يُوجَدُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي إِيدَاعِ الصَّبِيِّ الأَجْنَبِيَّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ) أَيْ لِحَقِّ العَبْدِ يَعْنِي لا بِاعْتِبَارِ أَنَّ

المَالكَ يَعْصِمُهُ؛ لأَنَّ عِصْمَةَ المَالكِ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ فِيمَا لهُ وِلايَةُ الاسْتِهْلاكِ حَتَّى يُمَكِّنَ غَيْرَهُ مِنْ الاسْتِهْلاكِ بالتَّسْلِيطِ، وَلَيْسَ للمَوْلى وِلايَةُ اسْتِهْلاكِ عَبْدِه فَلا يَجُوزُ لهُ تَمْكِينُ غَيْرِه مِنْ الاسْتِهْلاكِ، فَلمَّا لَمْ يُوجَدْ التَّسْلِيطُ مِنْهُ يَضْمَنُ المُسْتَهْلِكُ سَوَاءٌ كَانَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا، بِخِلافِ سَائِرِ الأَمْوَالِ فَإِنَّ للمَالكِ أَنْ يَسْتَهْلِكَهَا فَيَجُوزُ تَمْكِينُ غَيْرِهِ مِنْ اسْتِهْلاكِهِمَا بِالتَّسْلِيطِ.

وَنُوقِضَ بِمَا إِذَا أَوْدَعَ الصَّبِيُّ شَاةً فَخَنَقَهَا فَإِنَّهُ لا يَضْمَنُ وَرَبُّ الشَّاةِ مَا كَانَ يَمْلِكُ ذَلِكَ بِحُكْمِ مِلكِه يُوجَدُ التَّسْلِيطُ. وَالجَوَابُ أَنَّ كَلامَنَا فِيمَا لا يَمْلِكُ إِتْلافَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ أَجْنَبِيًّا وَالشَّاةُ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا لَمْ يَمْلِكْ خَنْقَهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَضْيِيعٌ فَكَانَ كَالتَّسْيِيبِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ سَقَطَتْ العِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلى الصَّبِيِّ الذي وَقَعَ فِي يَدِه المَالُ دُونَ غَيْرِه) يَعْنِي أَنَّ المَالكَ بِالإِيدَاعِ عِنْدَ الصَّبِيِّ إِنَّمَا أَسْقَطَ عِصْمَةَ مَالِه عَنْ الصَّبِيِّ لا عَنْ غَيْرِهِ وَمَالُهُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ كَمَا كَانَ، وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ.

بَابُ القَسَامَةِ

قَال (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي مَحَلَةٍ وَلا يُعلمُ مَن قَتَلَهُ أُستُحلفَ خَمسُونَ رَجُلا مِنهُم. يَتَخَيَّرُهُم الوَليُّ بِاَللهِ مَا قَتَلنَاهُ وَلا عَلمنَا لهُ قَاتِلا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: إذَا كَانَ هُنَاكَ لوثٌ استَحلفَ الأَوليَاءُ خَمسِينَ يَمِينًا وَيَقضِي لهُم بِالدِّيَةِ عَلى المُدَّعَى عَليهِ عَمدًا كَانَت الدَّعوَى أَو خَطأً.

وَقَال مَالكٌ: يَقضِي بِالقَوَدِ إذَا كَانَت الدَّعوَى فِي القَتل العَمدِ وَهُوَ أَحَدُ قَولي الشَّافِعِيِّ، وَاللَوثُ عِندَهُمَا أَن يَكُونَ هُنَاكَ عَلامَةُ القَتل عَلى وَاحِدٍ بِعَينِهِ أَو ظَاهِرٍ يَشهَدُ للمُدَّعِي مِن عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ أَو شَهَادَةِ عَدلٍ أَو جَمَاعَةٍ غَيرِ عُدُولٍ أَنَّ أَهل المَحَلةِ قَتَلُوهُ، وَإِن لم يَكُن الظَّاهِرُ شَاهِدًا لهُ فَمَذهَبُهُ مِثلُ مَذهَبِنَا، غَيرَ أَنَّهُ لا يُكَرِّرُ اليَمِينَ بَل يَرُدُّهَا عَلى الوَليِّ، فَإِن حَلفُوا لا دِيَةَ عَليهِم للشَّافِعِيِّ فِي البَدَاءِ بِيَمِينِ الوَليِّ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ للأَوليَاءِ «فَيُقسِمُ مِنكُم خَمسُونَ أَنَّهُم قَتَلُوهُ»[1] وَلأَنَّ اليَمِينَ تَجِبُ عَلى مَن يَشهَدُ لهُ الظَّاهِرُ وَلِهَذَا تَجِبُ عَلى صَاحِبِ اليَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا للوَليِّ يَبدَأُ بِيَمِينِهِ وَرَدُّ اليَمِينِ عَلى المُدَّعِي أَصلٌ لهُ كَمَا فِي النُّكُول، غَيرَ أَنَّ هَذِهِ دَلالةٌ فِيهَا نَوعُ

(١) أخرجه البخاري في الأدب باب ٨٩، ومسلم في القسامة (حديث ١، ٢، ٤، ٦).

شُبهَةٍ وَالقِصَاصُ لا يُجَامِعُهَا وَالمَالُ يَجِبُ مَعَهَا فَلهَذَا وَجَبَت الدِّيَةُ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «البَيِّنَةُ عَلى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلى مَن أَنكَرَ»[1] وَفِي رِوَايَةٍ «عَلى المُدَّعَى عَليهِ» وَرَوَى سَعِيدُ بنُ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَدَأَ بِاليَهُودِ بِالقَسَامَةِ وَجَعَلَ الدِّيَةَ عَليهِم لِوُجُودِ القَتِيلِ بَينَ أَظهُرِهِم» وَلأَنَّ اليَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفعِ دُونَ الاستِحقَاقِ وَحَاجَةُ الوَلِيِّ إلى الاستِحقَاقِ وَلهَذَا لا يَستَحِقُّ بِيَمِينِهِ المَالَ المُبتَذَلَ فَأَولى أَن لا يَستَحِقَّ بِهِ النَّفسَ المُحتَرَمَةَ. وَقَولُهُ يَتَخَيَّرُهُم الوَلِيُّ إشَارَةٌ إلى أَنَّ خِيَارَ تَعيِينِ الخَمسِينَ إلى الوَلِيِّ لأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَختَارُ مِن يَتَّهِمُهُ بِالقَتلِ أَو يَختَارُ صَالِحِي أَهلِ المَحلَةِ لمَا أَنَّ تَحَرُّزَهُم عَن اليَمِينِ الكَاذِبَةِ أَبلغُ التَّحَرُّزِ فَيَظهَرُ القَاتِلُ، وَفَائِدَةُ اليَمِينِ النُّكُولُ، فَإِن كَانُوا لا يُبَاشِرُونَ وَيَعلمُونَ يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلى العِلمِ بِأَبلغَ مِمَّا يُفِيدُ يَمِينُ الطَّالِحِ، وَلو اختَارُوا أَعمَى أَو مَحدُودًا فِي قَذفٍ جَازَ لأَنَّهُ يَمِينٌ وَليسَ بِشَهَادَةٍ.

الشرح:

(بَابُ **القَسَامَةِ**) لَمَّا كَانَ أَمْرُ القَتِيلِ فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ يَئُولُ إلى **القَسَامَةِ** ذَكَرَهَا فِي آخِرِ الدِّيَاتِ فِي بَابٍ عَلى حِدَةٍ. وَهِيَ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ وُضِعَ مَوْضِعَ الأَقْسَامِ. وَفِي الشَّرْعِ: أَيْمَانٌ يُقْسِمُ بِهَا أَهْلُ مَحلَةٍ أَوْ دَارٍ وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ بِه أَثَرٌ.

يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِاللهِ مَا قَتَلته وَلا عَلِمْت لهُ قَاتلا. **وَسَبَبُهَا** وُجُودُ القَتِيل فِيمَا ذَكَرْنَا، **وَرُكْنُهَا** إجْرَاءُ اليَمِينِ المَذْكُورِ عَلى لِسَانِه، وَ**شَرْطُهَا** بُلُوغُ المُقْسِمِ وَعَقْلُهُ، وَحُرِّيَّتُهُ، وَوُجُودُ أَثَرِ القَتْلِ فِي المَيِّتِ، وَتَكْمِيلُ اليَمِين خَمْسِينَ.

وَ**حُكْمُهَا** القَضَاءُ بِوُجُوب الدِّيَة: إنْ حَلَفُوا وَالحَبْسُ إلى الحَلف إنْ أَبَوْا إنْ ادَّعَى الوَلِيُّ العَمْدَ، وَبِالدِّيَة عِنْدَ النُّكُول إنْ ادَّعَى الخَطَأَ، وَ**مَحَاسِنُهَا** تَعْظِيمُ خَطَرِ الدِّمَاءِ، وَصِيَانَتُهَا عَنْ الإِهْدَارِ، وَخَلاصُ المُتَّهَمِ بِالقَتْل عَنْ القِصَاصِ **وَدَلِيلُ شَرْعِيَّتِهَا** الأَحَادِيثُ المَذْكُورَةُ عَلى مَا سَيَأْتِي. وَقَوْلُهُ (يَتَخَيَّرُهُمْ الوَلِيُّ) أَيْ: يَخْتَارُ مِنْ القَوْمِ مَنْ يُحَلِّفُهُمْ.

وَقَوْلُهُ (بِاللهِ مَا قَتَلنَاهُ) عَلى طَرِيقِ الحِكَايَةِ عَنْ الجَمِيعِ، وَأَمَّا عِنْدَ الحَلف فَيَحْلفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِاللهِ مَا قَتَلت وَلا يَحْلفُ بِاللهِ مَا قَتَلنَا لجَوَازِ أَنَّهُ بَاشَرَ القَتْل بِنَفْسِهِ فَيَجْتَرِئُ عَلى اليَمِينِ بِاللهِ مَا قَتَلنَا.

---

(١) أخرجه الترمذي (حديث ١٣١٤).

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ فَمَذْهَبُهُ) أَيْ: مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ (كَمَذْهَبِنَا غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُكَرِّرُ الْيَمِينَ) وَقَوْلُهُ (؛ وَلِأَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ) يَعْنِي كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ، فَأَمَّا فِي الْقَسَامَةِ فَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعِي عِنْدَ قِيَامِ اللوَثِ فَتَكُونُ الْيَمِينُ حُجَّةً لَهُ، وَبَقِيَّةُ كَلَامِهِ وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ) يُحْتَرَزُ عَنْ اللِّعَانِ حَيْثُ لَا يَجْرِي اللِّعَانُ بَيْنَهُمَا لِمَا أَنَّ اللِّعَانَ شَهَادَةٌ وَالْأَعْمَى وَالْمَحْدُودُ فِي الْقَذْفِ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ أَدَائِهَا. قَوْلُهُ (وَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَةِ) أَيْ عَلَى عَاقِلَةِ أَهْلِ الْمَحَلَةِ (بِالدِّيَةِ) فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

قَالَ (وَإِذَا حَلَفُوا قَضَى عَلَى أَهلِ المَحلَةِ بِالدِّيَةِ وَلَا يُستَحلفُ الوَليُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ عَبدِ اللهِ بنِ سَهلٍ ﷺ «تُبَرِّئُكُم اليَهُودُ بِأَيمَانِهَا» وَلِأَنَّ اليَمِينَ عُهِدَ فِي الشَّرعِ مُبَرِّئًا لِلمُدَّعَى عَلَيهِ لَا مُلزِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى. وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَمَعَ بَينَ الدِّيَةِ وَالقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ ابنِ سَهلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ بنِ أَبِي مَريَمَ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ ﷺ بَينَهُمَا عَلَى وَادِعَةَ.

وَقَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تُبَرِّئُكُم اليَهُودُ» مَحمُولٌ عَلَى الإِبرَاءِ عَن القِصَاصِ وَالحَبسِ، وَكَذَا اليَمِينُ مُبَرِّئَةٌ عَمَّا وَجَبَ لَهُ اليَمِينُ وَالقَسَامَةُ مَا شُرِعَت لِتَجِبَ الدِّيَةُ إِذَا نَكَلُوا، بَل شُرِعَت لِيَظهَرَ القِصَاصُ بِتَحَرُّزِهِم عَن اليَمِينِ الكَاذِبَةِ فَيُقِرُّوا بِالقَتلِ، فَإِذَا حَلفُوا حَصَلَت البَرَاءَةُ عَن القِصَاصِ. ثُمَّ الدِّيَةُ تَجِبُ بِالقَتلِ المَوجُودِ مِنهُم ظَاهِرًا لِوُجُودِ القَتِيلِ بَينَ أَظهُرِهِم لَا بِنُكُولِهِم، أَو وَجَبَت بِتَقصِيرِهِم فِي المُحَافَظَةِ كَمَا فِي القَتلِ الخَطَإِ (وَمَن أَبَى مِنهُم اليَمِينَ حُبِسَ حَتَّى يَحلفَ) لِأَنَّ اليَمِينَ فِيهِ مُستَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا تَعظِيمًا لِأَمرِ الدَّمِ وَلِهَذَا يُجمَعُ بَينَهُ وَبَينَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي الأَموَالِ لِأَنَّ اليَمِينَ بَدَلٌ عَن أَصلِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يَسقُطُ بِبَذلِ المُدَّعِي وَفِيمَا نَحنُ فِيهِ لَا يَسقُطُ بِبَذلِ الدِّيَةِ، هَذَا الذِي ذَكَرنَا إِذَا ادَّعَى الوَلِيُّ القَتلَ عَلَى جَمِيعِ أَهلِ المَحلَةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى البَعضِ لَا بِأَعيَانِهِم وَالدَّعوَى فِي العَمدِ أَو الخَطَإِ لِأَنَّهُم لَا يَتَمَيَّزُونَ عَن البَاقِي، وَلَو ادَّعَى عَلَى البَعضِ بِأَعيَانِهِم أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمدًا أَو خَطَأً فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، يَدُلُّ عَلَيهِ إِطلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ، وَهَكَذَا الجَوَابُ فِي المَبسُوطِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي غَيرِ رِوَايَةِ الأَصلِ أَنَّ فِي

القِيَاسِ تَسقُطُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَن البَاقِينَ مِن أَهل المَحلَةِ، وَيُقَالُ للوَليِّ أَلكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِن قَال لا يُستَحلفُ المُدَّعَى عَليهِ يَمِينًا وَاحِدَةً. وَوَجهُهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأبَاهُ لاحتِمَال وُجُودِ القَتل مِن غَيرِهِم، وَإِنَّمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَان يُنسَبُ إِلى المُدَّعَى عَلَيهِم وَالمُدَّعِي يَدَّعِي القَتل عَليهِم، وَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ عَلى أَصل القِيَاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى القَتل عَلى وَاحِدٍ مِن غَيرِهِم. وَفِي الاستِحسَانِ تَجِبُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلى أَهل المَحلَةِ لأَنَّهُ لا فَصل فِي إِطلاقِ النُّصُوصِ بَينَ دَعوَى وَدَعوَى فَنُوجِبُهُ بِالنَّصِّ لا بِالقِيَاسِ، بِخِلافِ مَا إِذَا ادَّعَى عَلى وَاحِدٍ مِن غَيرِهِم لأَنَّهُ ليسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلو أَوجَبنَاهُمَا لأَوجَبنَاهُمَا بِالقِيَاسِ وَهُوَ مُمتَنِعٌ، ثُمَّ حُكمُ ذَلكَ أَن يُثبِتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لهُ بَيِّنَةٌ، وَإِن لم تَكُن استَحلفَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً لأَنَّهُ ليسَ بِقَسَامَةٍ لانعِدَامِ النَّصِّ وَامتِنَاعِ القِيَاسِ. ثُمَّ إِن حَلفَ بَرِئَ وَإِن نَكَل وَالدَّعوَى فِي المَال ثَبَتَ بِهِ، وَإِن كَانَ فِي القِصَاصِ فَهُوَ عَلى اختِلافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعوَى. قَال (وَإِن لم يُكمِل أَهلُ المَحلَةِ كُرِّرَت الأَيمَانُ عَليهِم حَتَّى تَتِمَّ خَمسِينَ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه لمَّا قَضَى فِي القَسَامَةِ وَافَى إِليهِ تِسعَةٌ وَأَربَعُونَ رَجُلا فَكَرَّرَ اليَمِينَ عَلى رَجُلٍ مِنهُم حَتَّى تَمَّت خَمسِينَ ثُمَّ قَضَى بِالدِّيَةِ. وَعَن شُرَيحٍ وَالنَّخَعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ مِثلُ ذَلكَ، وَلأَنَّ الخَمسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ فَيَجِبُ إِتمَامُهَا مَا أَمكَنَ، وَلا يُطلبُ فِيهِ الوُقُوفُ عَلى الفَائِدَةِ لثُبُوتِهَا بِالسُّنَّةِ، ثُمَّ فِيهِ استِعظَامُ أَمرِ الدَّمِ، فَإِن كَانَ العَدَدُ كَامِلا فَأَرَادَ الوَليُّ أَن يُكَرِّرَ عَلى أَحَدِهِم فَليسَ لهُ ذَلكَ، لأَنَّ المَصِيرَ إِلى التَّكرَارِ ضَرُورَةُ الإِكمَال. قَال (وَلا قَسَامَةَ عَلى صَبِيٍّ وَلا مَجنُونٍ) لأَنَّهُمَا ليسَا مِن أَهل القَول الصَّحِيحِ وَاليَمِينُ قَولٌ صَحِيحٌ. قَال (وَلا امرَأَةٍ وَلا عَبدٍ) لأَنَّهُمَا ليسَا مِن أَهل النُّصرَةِ وَاليَمِينُ عَلى أَهلهَا. قَال (وَإِن وُجِدَ مَيِّتًا لا أَثَرَ بِهِ فَلا قَسَامَةَ وَلا دِيَةَ) لأَنَّهُ ليسَ بِقَتِيلٍ، إِذ القَتِيلُ فِي العُرفِ مَن فَاتَت حَيَاتُهُ بِسَبَبٍ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ وَهَذَا مَيِّتٌ حَتفَ أَنفِهِ، وَالغَرَامَةُ تَتبَعُ فِعل العَبدِ وَالقَسَامَةُ تَتبَعُ احتِمَال القَتل ثُمَّ يَجِبُ عَليهِم القَسَمُ فَلا بُدَّ مِن أَن يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُستَدَلُّ بِهِ عَلى كَونِهِ قَتِيلا، وَذَلكَ بِأَن يَكُونَ بِهِ جِرَاحَةٌ أَو أَثَرُ ضَربٍ أَو خَنقٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمُ مِن عَينِهِ أَو أُذُنِهِ لأَنَّهُ لا يَخرُجُ مِنهَا إِلا بِفِعلٍ مِن جِهَةِ الحَيِّ عَادَةً، بِخِلافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِن فِيهِ أَو دُبُرِهِ أَو ذَكَرِهِ لأَنَّ الدَّمَ يَخرُجُ مِن هَذِهِ المَخَارِجِ عَادَةً بِغَيرِ فِعل أَحَدٍ، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي الشَّهِيدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ «**تُبَرِّئُكُمْ اليَهُودُ بِأَيْمَانِهِمْ**» قِصَّتُهُ «أَنَّ عَبْدَ الله بْنَ سَهْلٍ وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَهْلٍ وَحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجُوا فِي التِّجَارَةِ إِلى خَيْبَرَ وَتَفرَّقُوا لِحَوائِجِهِمْ؛ فَوَجَدُوا عَبْدَ الله بْنَ سَهْلٍ قَتِيلا فِي قَلِيبٍ مِنْ خَيْبَرَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِه، فَجَاءُوا إِلى رَسُول الله ﷺ لِيُخْبِرُوهُ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ وَهُوَ أَخُو القَتِيل أَنْ يَتَكَلمَ، فَقَال ﷺ: **الكُبْرُ الكُبْرُ**، فَتَكَلمَ أَحَدُ عَمَّيْه حُوَيِّصَةُ أَوْ مُحَيِّصَةُ وَهُوَ الأَكْبَرُ مِنْهُمَا وَأَخْبَرَهُ بِذَلكَ، قَال: **وَمَنْ قَتَلهُ**؟ قَالُوا: وَمَنْ يَقْتُلُهُ سِوَى اليَهُودِ؟ قَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **تُبَرِّئُكُمْ اليَهُودُ بِأَيْمَانِها**، فَقَالُوا: لا نَرْضَى بِأَيْمَانِ قَوْمٍ كُفَّارٍ لا يُبَالُونَ مَا حَلفُوا عَلَيْه. فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **أَتَحْلفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ**؟ فَقَالُوا: كَيْفَ نَحْلفُ عَلى أَمْرٍ لَمْ نُعَايِنْ وَلَمْ نُشَاهِدْ فَكَرِهَ رَسُولُ الله ﷺ أَنْ يُبْطِل دَمَهُ، فَوَدَاهُ بِمِائَةٍ مِنْ إِبِل الصَّدَقَةِ» وَاسْتَدَل الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ بِقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**تُبَرِّئُكُمْ اليَهُودُ بِأَيْمَانِهَا**» عَلى أَنَّهُ لا دِيَةَ بَعْدُ وَإِلا لَمَا كَانَ ثَمَّةَ بَرَاءَةٌ.

وَوَادِعَةُ قَبِيلةٌ مِنْ هَمْدَانَ. وَقَوْلُهُ (يَدُلُّ عَلَيْه إِطْلاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ) أَيْ فِي كِتَابِ القُدُورِيِّ، أَشَارَ بِهِ إِلى مَا ذَكَرَهُ بِقَوْله: وَإِذَا **وُجِدَ القَتِيلُ فِي مَحَلةٍ لا يُعْلمُ مَنْ قَتَلهُ** اُسْتُحْلفَ خَمْسُونَ رَجُلا مِنْهُمْ إلخْ (وَهَكَذَا الجَوَابُ فِي المَبْسُوطِ) يَعْنِي أَوْجَبَ القَسَامَةَ وَالدِّيَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ الدَّعْوَى عَلى البَعْضِ بِعَيْنِه. وَقَوْلُهُ (عَلى اخْتِلافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى) بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْه حَيْثُ قَال: وَمَنْ **ادَّعَى قِصَاصًا عَلى غَيْرِه فَجَحَدَ** اُسْتُحْلفَ بِالإِجْمَاعِ إلخْ. قَال (وَإِنْ لَمْ يُكْمِل أَهْلُ المَحَلةِ خَمْسِينَ) وَافَى إِليْه: أَيْ أَتَى إِليْه، وَأَهْلُ اللُّغَة يَقُولُونَ وَافَاهُ.

وَلَمْ يَذْكُرْ الأَنْفَ وَحُكْمُهُ حُكْمُ دُبُرِه وَذَكَرَهُ وَذَكَرَ الفَمَ مُطْلقًا، وَقَدْ قِيل: إِذَا صَعِدَ مِنْ جَوْفِه إِلى فِيه، وَأَمَّا إِذَا نَزَل مِنْ رَأْسِه إِلى فِيه فَليْسَ يَصْلُحُ دَليلا عَلى القَتْل، ذَكَرَهُ فَخْرُ الإِسْلامِ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَلو وُجِدَ بَدَنُ القَتِيل أَو أَكثَرُ مِن نِصفِ البَدَنِ أَو النِّصفُ وَمَعَهُ الرَّأسُ فِي مَحَلةٍ فَعَلى أَهلهَا القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ، وَإِن وُجِدَ نِصفُهُ مَشقُوقًا بِالطُّول أَو وُجِدَ أَقَلُّ مِن النِّصفِ وَمَعَهُ الرَّأسُ أَو وُجِدَ يَدُهُ أَو رِجلُهُ أَو رَأسُهُ فَلا شَيءَ عَليهِم) لأَنَّ هَذَا حُكمٌ عَرَفنَاهُ

بِالنَّصِّ وَقد وَرَدَ بِهِ فِي البَدَنِ، إلا أنَّ للأَكثَرِ حُكمَ الكُلِّ تَعظِيمًا للآدَمِيِّ، بِخِلافِ الأَقَلِّ لأنَّهُ ليسَ بِبَدَنٍ وَلا مُلحَقٍ بِهِ فَلا تَجرِي فِيهِ القَسَامَةُ، وَلأنَّا لو اعتَبَرنَاهُ تَتَكَرَّرُ القَسَامَتَانِ وَالدِّيَتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفسٍ وَاحِدَةٍ وَلا تَتَوَالِيَانِ، وَالأَصلُ فِيهِ أَنَّ المَوجُودَ الأَوَّلَ إن كَانَ بِحَالٍ لو وُجِدَ البَاقِي تَجرِي فِيهِ القَسَامَةُ لا تَجِبُ فِيهِ، وَإِن كَانَ بِحَالٍ لو وُجِدَ البَاقِي لا تَجرِي فِيهِ القَسَامَةُ تَجِبُ، وَالمَعنَى مَا أَشَرنَا إليهِ، وَصَلاةُ الجِنَازَةِ فِي هَذَا تَنسَحِبُ عَلى هَذَا الأَصلِ لأَنَّهَا لا تَتَكَرَّرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّا لوْ اعْتَبَرْنَاهُ يَجْتَمِعُ فِيه القَسَامَتَان وَالدِّيَتَان) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ يَتَكَرَّرُ ذَلكَ؛ لأَنَّهُ إذَا وَجَبَ بِالأَقَلِّ وَجَبَ بِالأَكْثَرِ إذَا وُجِدَ، وَكَذَلكَ لوْ وَجَبَ بِالنِّصْفِ لوَجَبَ بِالنِّصْفِ الآخَرِ فَتَتَكَرَّرُ القَسَامَتَان وَالدِّيَتَان بِمُقَابَلَة نَفْسٍ وَاحِدَة، وَذَلكَ لا يَجُوزُ، فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ تَجبَ **القَسَامَةُ إذَا وُجِدَ الرَّأْسُ**؛ لأَنَّهُ يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ البَدَن. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ بِطَرِيقِ المَجَازِ وَالمُعْتَبَرُ هُوَ الحَقِيقَةُ؛ وَلأَنَّهُ لوْ وَجَبَتْ بِهِ لوَجَبَتْ بِالبَدَن بِطَرِيقِ الأَوْلى فَلزِمَ التَّكْرَار.

وَقِيل كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُول تَتَكَرَّرُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ بِلفْظ المُفْرَد دُونَ التَّثْنِيَة؛ لأَنَّ غَرَضَهُ ثُبُوتُ القَسَامَةِ مُكَرَّرًا وَثُبُوتُ الدِّيَة مُكَرَّرًا. وَعِبَارَةُ التَّثْنِيَة تَسْتَلزِمُ أَنْ يَكُون أَكْثَرَ مِنْ القَسَامَتَيْنِ وَالدِّيَتَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادَهُ القَسَامَتَان وَالدِّيَتَان عَلى القَطْعَتَيْنِ يَتَكَرَّرَانِ فِي خَمْسِينَ نَفْسًا. وَقَوْلُهُ (وَالمَعْنَى مَا أَشَرْنَا إليْه) يُرِيدُ بِهِ التَّكْرَارَ المَذْكُور وَعَدَمَهُ.

(وَلو وُجِدَ فِيهِم جَنِينٌ أَو سِقطٌ ليسَ بِهِ أَثَرُ الضَّربِ فَلا شَيءَ عَلى أَهلِ المَحَلَّةِ) لأَنَّهُ لا يَفُوقُ الكَبِيرُ حَالا (وَإِن كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّربِ وَهُوَ تَامُّ الخَلقِ وَجَبَت القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيهِم) لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلقِ يَنفَصِلُ حَيًّا (وَإِن كَانَ نَاقِصَ الخَلقِ فَلا شَيءَ عَلَيهِم) لأَنَّهُ يَنفَصِلُ مَيِّتًا لا حَيًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا) اُعْتُرِضَ عَليْه بِأَنَّ الظَّاهِرَ يَصْلُحُ للدَّفْعِ دُونَ الاسْتِحْقَاقِ وَلهَذَا قُلنَا فِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلسَانه: إذَا لمْ تُعْلمْ صِحَّتُهُ

حُكُومَةُ عَدْلٍ عِنْدَنَا وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سَلامَتَهَا.

وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ تَجِبْ فِي الأَطْرَافِ قَبْلَ أَنْ تُعْلَمَ صِحَّتُهَا مَا يَجِبُ فِي السَّلِيمِ؛ لأَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكُ الأَمْوَالِ وَلَيْسَ لَهَا تَعْظِيمٌ كَتَعْظِيمِ النُّفُوسِ فَلَمْ يَجِبْ فِيهَا قَبْلَ العلمِ بِالصِّحَّةِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ، بِخِلافِ **الجَنِينِ** فَإِنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهٍ عُضْوٌ مِنْ وَجْهٍ؛ فَإِذَا انْفَصَلَ تَامَّ الخَلْقِ وَبِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ وَجَبَ فِيهِ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ تَعْظِيمًا لِلنُّفُوسِ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ قَتِيلٌ لِوُجُودِ دَلالَةِ القَتْلِ وَهُوَ الأَثَرُ إِذْ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ تَامِّ الخَلْقِ أَنْ يَنْفَصِلَ حَيًّا، وَأَمَّا إِذَا انْفَصَلَ مَيِّتًا وَلا أَثَرَ بِهِ فَلا يَجِبُ فِيهِ شَيْءٌ؛ لأَنَّ لا يَفُوقُ حَالَ الكَبِيرِ؛ فَإِذَا وُجِدَ الكَبِيرُ مَيِّتًا وَلا أَثَرَ بِهِ لا يَجِبُ فِيهِ شَيْءٌ فَكَذَا هَذَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى مَعَ تَطْوِيلِهِ لَمْ يَرُدَّ السُّؤَالَ، وَرُبَّمَا قَوَّاهُ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ إِذَا لَمْ يَكُنْ حُجَّةً لِلاسْتِحْقَاقِ فِي الأَمْوَالِ وَمَا يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكُهَا فَلأَنْ لا يَكُونَ فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ خَطَرًا أَوْلَى.

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَالَ: الظَّاهِرُ هَاهُنَا أَيْضًا اُعْتُبِرَ دَافِعًا لِمَا عَسَى يَدَّعِي القَاتِلُ عَدَمَ حَيَاتِهِ. وَأَمَّا دَلِيلُ الاسْتِحْقَاقِ فَهُوَ حَدِيثُ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الكُهَّانِ، قُومُوا فَدُوهُ**».

قَالَ (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ المَحَلَّةِ) لأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا (فَإِنِ اجْتَمَعُوا فَعَلَيْهِم) لأَنَّ القَتِيلَ فِي أَيْدِيهِم فَصَارَ كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِهِم.

الشرح:

قَالَ (**وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ إلخ**) إِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ السَّائِقِ دُونَ أَهْلِ المَحَلَةِ سَوَاءٌ كَانَ مَالِكَهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا؛ لأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، فَإِنْ اجْتَمَعَ الرَّاكِبُ وَالسَّائِقُ وَالقَائِدُ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ؛ لأَنَّ القَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِهِمْ وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَا إِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي الدَّارِ؛ فَإِنَّ الدِّيَةَ هُنَا عَلَى عَاقِلَتِهِمْ وَالقَسَامَةُ عَلَيْهِمْ سَوَاءٌ كَانُوا مُلاكًا أَوْ لَمْ يَكُونُوا وَهُنَاكَ عَلَى المَالِكِ لا عَلَى السُّكَّانِ.

وَأُجِيبَ أَوَّلا بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ الدِّيَةَ لا تَجِبُ عَلَى مَالِكِ الدَّابَّةِ بَل تَجِبُ عَلَيْهِ،

وَالْمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلدَّابَّةِ مَالِكٌ مَعْرُوفٌ وَإِنَّمَا يُعْرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ القَائِدِ أَوْ السَّائِقِ أَوْ الرَّاكِبِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهَا مَالِكٌ مَعْرُوفٌ فَإِنَّهَا تَجِبُ عَلَيْهِ، وَثَانِيًا وَهُوَ المَفْهُومُ مِنْ إِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ أَنَّ القَسَامَةَ تَجِبُ عَلَى الذي فِي يَدِهِ الدَّابَّةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ سَوَاءٌ كَانَ لِلدَّابَّةِ مَالِكٌ مَعْرُوفٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَالفَرْقُ أَنَّ العِبْرَةَ فِي هَذَا البَابِ لِلرَّأْيِ، وَالتَّصَرُّفِ، وَالتَّدْبِيرِ، وَذَلِكَ فِي الدَّارِ لِلمَالِكِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ لا تَنْقَطِعُ عَنْهَا بِالإِجَارَةِ، وَأَمَّا فِي الدَّابَّةِ فَالتَّصَرُّفُ، وَالرَّأْيُ، وَالتَّدْبِيرُ إِلَى مَنْ بِيَدِهِ الدَّابَّةُ لِزَوَالِ يَدِ المَالِكِ عَنْهَا بِالإِجَارَةِ وَبِالانْفِلاتِ فَتَكُونُ القَسَامَةُ عَلَى الذي فِي يَدِهِ الدَّابَّةُ.

قَالَ (وَإِن مَرَّت دَابَّةٌ بَينَ القَرِيَتَينِ وَعَلَيهَا قَتِيل فَهُوَ عَلَى أَقرَبِهِمَا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُتِيَ بِقَتِيلٍ وُجِدَ بَينَ قَرِيتَينِ فَأَمَرَ أَن يُذرَعَ»[1]. وَعَن عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ إِلَيهِ فِي القَتِيلِ الذِي وُجِدَ بَينَ وَدَاعَةَ وَأَرحَبَ كَتَبَ بِأَن يَقِيسَ بَينَ قَرِيتَينِ، فَوُجِدَ القَتِيلُ إِلَى وَادِعَةَ أَقرَبَ فَقَضَى عَلَيهِم بِالقَسَامَةِ. قِيل هَذَا مَحمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيثُ يَبلُغُ أَهلهُ الصَّوتُ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَلحَقُهُ الغَوثُ فَتُمكِنُهُم النُّصرَةُ وَقَد قَصَّرُوا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَدَاعَةَ وَأَرْحَبَ) هُمَا قَبِيلَتَانِ مِنْ هَمْدَانَ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنسَانٍ فَالقَسَامَةُ عَلَيهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ (وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ نُصرَتَهُ مِنهُم وَقُوَّتَهُ بِهِم.

قَالَ (وَلا تَدخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلاكِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيهِم جَمِيعًا) لِأَنَّ وِلايَةَ التَّدبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالمِلكِ تَكُونُ بِالسُّكنَى أَلا تَرَى «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ القَسَامَةَ وَالدِّيَةَ عَلَى اليَهُودِ وَإِن كَانُوا سُكَّانًا بِخَيبَرَ». وَلَهُمَا أَنَّ المَالِكَ هُوَ المُختَصُّ بِنُصرَةِ البُقعَةِ دُونَ السُّكَّانِ لِأَنَّ سُكنَى المُلاكِ أَلزَمُ وَقَرَارَهُم أَدوَمُ فَكَانَت وِلايَةُ التَّدبِيرِ إِلَيهِم فَيَتَحَقَّقُ التَّقصِيرُ مِنهُم. وَأَمَّا أَهلُ خَيبَرَ فَالنَّبِيُّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقَرَّهُم عَلَى أَملاكِهِم فَكَانَ يَأخُذُ مِنهُم عَلَى وَجهِ الخَرَاجِ.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٦٤٥٣)، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٢/٨) إلى البزار وأحمد، والحديث في مسند أحمد (٣٩/٣، ٨٩).

قَال (وَهِيَ عَلى أَهل الخَطَّةِ دُونَ المُشتَرِينَ) وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: الكُلُّ مُشتَرِكُونَ لأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَركِ الحِفظِ مِمَّن لَهُ وِلايَةُ الحِفظِ وَبِهَذَا الطَّرِيقِ يُجعَلُ جَانِيًا مُقَصِّرًا، وَالوِلايَةُ بِاعتِبَارِ المِلكِ وَقَد استَوَوا فِيهِ. وَلَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُختَصُّ بِنُصرَةِ البُقعَةِ هُوَ المُتَعَارَفُ، وَلأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالمُشتَرِي دَخِيلٌ وَوِلايَةُ التَّدبِيرِ إِلى الأَصِيلِ، وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ بَنَى ذَلكَ عَلى مَا شَاهَدَ بِالكُوفَةِ. قَال (وَإِن بَقِيَ وَاحِدٌ مِنهُم فَكَذَلك) يَعنِي مِن أَهل الخُطَّةِ لِمَا بَيَّنَّا (وَإِن لم يَبقَ وَاحِدٌ مِنهُم بِأَن بَاعُوا كُلُّهُم فَهُوَ عَلى المُشتَرِينَ) لأَنَّ الوِلايَةَ انتَقَلَت إِليهِم أَو خَلَصَت لَهُم لِزَوَال مَن يَتَقَدَّمُهُم أَو يُزَاحِمُهُم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلاكِ**) يُشِيرُ إِلى اخْتِلاطِ السُّكَّانِ بِالمُلاكِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ) يُشِيرُ إِلى أَنَّ مُحَمَّدًا لَيْسَ فِي هَذَا القَوْل بِأَصِيلٍ؛ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الأَسْرَارِ بَعْدَمَا ذَكَرَ الاخْتِلافَ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ هَذَا الاخْتِلافَ فَقَال: وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ.

(وَقَال أَبُو يُوسُفَ) يَعْنِي آخِرًا وَكَانَ قَوْلُهُ أَوَّلا كَقَوْلِهِمَا وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلى **أَهْل الخُطَّةِ دُونَ** المُشْتَرِينَ) الخُطَّةُ: المَكَانُ المُخْتَطُّ لِبِنَاءِ دَارٍ أَوْ غَيْرِهَا مِنْ العِمَارَاتِ، وَمَعْنَاهُ عَلى أَصْحَابِ الأَمْلاكِ القَدِيمَةِ الذِينَ كَانُوا يَمْلِكُونَهَا حِينَ فَتَحَ الإِمَامُ البَلدَةَ وَقَسَّمَهَا بَيْنَ الغَانِمِينَ فَإِنَّهُ يَخْتَطُّ خُطَّةً لِتَتَمَيَّزَ أَنْصِبَاؤُهُمْ، وَالضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلى المَذْكُورِ وَهُوَ وُجُوبُ القَسَامَةِ وَالدِّيَةِ: أَيْ القَسَامَةُ عَلى أَهْل الخُطَّةِ، وَالدِّيَةُ عَلى عَاقِلَتِهِمْ، وَقَوْلُهُ (وَقِيل إِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بَنَى ذَلكَ عَلى مَا شَاهَدَ بِالكُوفَةِ) يَعْنِي مِنْ أَصْحَابِ الخُطَّةِ فِي كُلِّ مَحَلةٍ هُمْ الذِينَ يَقُومُونَ بِتَدْبِيرِ المَحَلةِ، وَلا يُشَارِكُهُمْ المُشْتَرُونَ فِي ذَلكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَلوِيحٌ إِلى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ: مَا الفَرْقُ بَيْنَ المَحَلةِ وَالدَّارِ، فَإِنَّهُ لوْ **وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ بَيْنَ مُشْتَرٍ وَذِي خُطَّةٍ** فَإِنَّهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي القَسَامَةِ وَالدِّيَةِ بِالإِجْمَاعِ، وَفِي المَحَلةِ فَرْقٌ فَأَوْجَبْنَا القَسَامَةَ عَلى أَهْل الخُطَّةِ دُونَ المُشْتَرِينَ مَعَ أَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لوْ انْفَرَدَ كَانَتْ القَسَامَةُ عَليْهِ، وَالدِّيَةُ عَلى عَاقِلتِهِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ فِي العُرْفِ أَنَّ المُشْتَرِينَ قَلَّمَا يُزَاحِمُونَ أَصْحَابَ الخُطَّةِ فِي التَّدْبِيرِ وَالقِيَامِ بِحِفْظِ المَحَلَةِ، وَلَيْسَ فِي حَقِّ الدَّارِ كَذَلِكَ فَإِنَّ فِي عُمَارَةِ مَا اسْتَرَمَّ مِنْ الدَّارِ وَإِجَارَتِهَا وَإِعَارَتِهَا هُمَا مُتَسَاوِيَانِ فَكَذَلِكَ فِي القِيَامِ بِحِفْظِ الدَّارِ. وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ إِنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُخْتَصُّ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ أَصِيلٌ) وَالمُشْتَرِي دَخِيلٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الوِلايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ) يَعْنِي عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ. وَقَوْلُهُ (لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ) يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ، وَقَوْلُهُ (أَوْ يُزَاحِمُهُمْ) يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ.

(وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ وَتَدخُلُ العَاقِلَةُ فِي القَسَامَةِ إِن كَانُوا حُضُوراً، وَإِن كَانُوا غُيَّبًا فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ يُكَرِّرُ عَليهِ الأَيمَانَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا قَسَامَةَ عَلَى العَاقِلَةِ؛ لأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مِن غَيرِهِ فَلا يُشَارِكُهُ غَيرُهُ فِيهَا كَأَهلِ المَحَلَةِ لا يُشَارِكُهُم فِيهَا عَوَاقِلُهُم. وَلَهُمَا أَنَّ الحُضُورَ لَزِمَتهُم نُصرَةُ البُقعَةِ كَمَا تَلزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي القَسَامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارٍ**) يَعْنِي إِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارٍ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ صَاحِبِهَا بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ.

وَفِي القَسَامَةِ رِوَايَتَانِ: فَفِي إِحْدَاهُمَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ، وَفِي الأُخْرَى عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ مَا يُرَى مِنْ التَّدَافُعِ بَيْنَ قَوْلِهِ قَبْلَ هَذَا وَإِنْ وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالقَسَامَةُ عَلَيْهِ، وَبَيْنَ قَوْلِهِ هَاهُنَا فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ بِحَمْلِ ذَاكَ عَلَى رِوَايَةٍ وَهَذَا عَلَى أُخْرَى.

وَحُكِيَ عَنْ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ كَانَ يُوَفِّقُ بَيْنَهُمَا وَيَقُولُ: الرِّوَايَةُ الَّتِي تُوجِبُهَا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ قَوْمُهُ غُيَّبًا، وَالرِّوَايَةُ الَّتِي تُوجِبُهَا عَلَى قَوْمِهِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانُوا حُضُورًا، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ، وَالمَذْكُورُ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا عَلَيْهِمَا جَمِيعًا إِذَا كَانُوا حُضُورًا وَيُوَافِقُهُ رِوَايَةُ فَتَاوَى العَتَّابِيِّ وَمَا بَعْدَهُ ظَاهِرٌ.

قَال (وَإِن وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارٍ مُشتَرَكَةٍ نِصفُهَا لرجُلٍ وَعُشرُهَا لرَجُلٍ وَلآخَرَ مَا بَقِيَ فَهُوَ عَلى رُءُوسِ الرِّجَال) لأنَّ صَاحِبَ القَلِيل يُزَاحِمُ صَاحِبَ الكَثِيرِ فِي التَّدبِيرِ فَكَانُوا سَوَاءً فِي الحِفظِ وَالتَّقصِيرِ فيَكُونُ عَلى عَدَدِ الرُّءُوسِ بِمَنزِلَةِ الشُّفعَةِ.

قَال (وَمَن اشتَرَى دَارًا وَلم يَقبِضهَا حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ فَهُوَ عَلى عَاقِلَةِ البَائِعِ وَإِن كَانَ فِي البَيعِ خِيَارٌ لأحَدِهِمَا فَهُوَ عَلى عَاقِلَةِ الذي فِي يَدِهِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إن لم يَكُن فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلى عَاقِلَةِ المُشتَرِي وَإِن كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلى عَاقِلَةِ الذي تَصِيرُ لهُ، لأنَّهُ إنَّمَا أَنزَل قَاتِلا بِاعتِبَارِ التَّقصِيرِ فِي الحِفظِ وَلا يَجِبُ إلا عَلى مَن لهُ وِلايَةُ الحِفظِ، وَالوِلايَةُ تُستَفَادُ بِالمِلكِ وَلِهَذَا كَانَت الدِّيَةُ عَلى عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ المُودِعِ، وَالمِلكُ للمُشتَرِي قَبل القَبضِ فِي البَيعِ البَاتِّ، وَفِي المَشرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ يُعتَبَرُ قَرَارُ المِلكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطرِ. وَلهُ أَنَّ القُدرَةَ عَلى الحِفظِ بِاليَدِ لا بِالمِلكِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ يَقتَدِرُ عَلى الحِفظِ بِاليَدِ دُونَ المِلكِ وَلا يَقتَدِرُ بِالمِلكِ دُونَ اليَدِ، وَفِي البَاتِّ اليَدُ للبَائِعِ قَبل القَبضِ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الخِيَارُ لأحَدِهِمَا قَبل القَبضِ؛ لأنَّهُ دُونَ البَاتِّ، وَلو كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشتَرِي وَالخِيَارُ لهُ فَهُوَ أَخَصُّ النَّاسِ بِهِ تَصَرُّفًا، وَلو كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضمُونٌ عَليهِ بِالقِيمَةِ كَالمَغصُوبِ فَتُعتَبَرُ يَدُهُ إذ بِهَا يَقدِرُ عَلى الحِفظِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ إلخ) أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ عِنْدَ وُجُودِ القَتِيلِ يَتَعَلَّقُ بِوِلَايَةِ الحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَرْكِ الحِفْظِ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا فَقَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: وِلَايَةُ الحِفْظِ بِاليَدِ وَالمِلكُ سَبَبُهَا، وَقَالَا: وِلَايَةُ الحِفْظِ تُسْتَفَادُ بِالمِلكِ؛ فَإِذَا وُجِدَا فِي وَاحِدٍ ارْتَفَعَ الخِلَافُ، وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا المِلكُ وَلِلآخَرِ اليَدُ كَانَ اعْتِبَارُ اليَدِ عِنْدَهُ أَوْلَى؛ لِأَنَّ القُدْرَةَ الحَقِيقِيَّةَ تَثْبُتُ بِهَا وَعِنْدَهُمَا اعْتِبَارُ المِلكِ وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى دَارًا فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاتًّا أَوْ فِيهِ الخِيَارُ؛ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَهُوَ: أَيْ المَذْكُورُ وَهُوَ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ البَائِعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَعَلَى عَاقِلَةِ المُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَعَلَى الذِي تَصِيرُ لَهُ وَدَلِيلُهُمَا وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلِكَوْنِ وِلَايَةِ الحِفْظِ تُسْتَفَادُ بِالمِلكِ (كَانَتْ الدِّيَةُ) فِي هَذَا

المَوْضِعِ (عَلى عَاقلةِ صَاحب الدَّارِ دُونَ المُودَعِ) لعَدَمِ ملكه وَإنْ كَانَ لهُ بُدٌّ، وَكَذَا دَليلُ أَبي حَنيفَةَ وَاضحٌ، وَلَمْ يَذْكُرْ الجَوَابَ عَنْ فَصْلِ الوَديعَة المُسْتَشْهَد به؛ لأَنَّهُ قَدْ انْدَرَجَ فِي دَليله، وَذَلكَ؛ لأَنَّهُ قَال (إنَّ القُدْرَةَ عَلى الحفْظِ باليَد) أَطْلَقَ اليَدَ وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلى الكَامِلِ وَالكَاملُ فِي اليَدِ مَا كَانَ أَصَالةً وَيَدُ المُودَعِ لَيْسَتْ كَذَلكَ، وَكَذَلكَ المُسْتَعيرُ وَالمُسْتَأْجرُ. قيل مَا الفَرْقُ لأَبي حَنيفَةَ بَيْنَ الجنَايَة وَصَدَقَة الفطْرِ فَإنَّهُ يُعْتَبَرُ أَلبَتَّةَ الملكُ فِي الثَّانيَة دُونَ الأُولى، وَالجَوَابُ أَنَّ صَدَقَةَ الفطْرِ مُؤْنَةُ الملك فَكَانَتْ عَلى المَالكِ، وَالجنَايَةُ مُوجبَةٌ للضَّمَانِ بتَرْكِ الحفْظِ، وَالحفْظُ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ باليَد لمَا ذُكرَ منْ الدَّليل.

قَال (وَمَن كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لم تَعقِلهُ العَاقِلَة حَتَّى تَشهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا للذِي فِي يَدِهِ) لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن المِلكِ لصَاحِبِ اليَدِ حَتَّى تَعقِل العَوَاقِلُ عَنهُ، وَاليَدُ وَإِن كَانَت دَليلا عَلى المِلكِ لكِنَّهَا مُحتَمِلَة فَلا تَكفِي لإيجَابِ الدِّيَة عَلى العَاقِلَة كَمَا لا تَكفِي لاستِحقَاقِ الشُّفعَة بِهِ فِي الدَّارِ المَشفُوعَة فَلا بُدَّ مِن إقَامَة البَيِّنَة.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ كَانَ فِي يَده دَارٌ فَوُجدَ فيهَا قَتيلٌ لَمْ تَعْقلهُ العَاقلَةُ) يَعْني إذَا أَنْكَرَتْ العَاقلَةُ كَوْنَ الدَّارِ لصَاحبِ اليَد، وَقَالُوا: إنَّهَا وَديعَةٌ أَوْ مُسْتَعَارَةٌ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٌ (حَتَّى تَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا للذي فِي يَده) وَلا يَخْتَلجَنَّ فِي وَهْمكَ صُورَةُ تَنَاقُضٍ فِي عَدَمِ الاكْتفَاء باليَد مَعَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الاعْتبَارَ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ لليَد؛ لأَنَّ اليَدَ المُعْتَبَرَةَ عنْدَهُ هيَ التي تَكُونُ بالأَصَالة كَمَا تَقَدَّمَ وَالعَاقلةُ تُنْكرُ ذَلكَ، وَالبَاقي وَاضحٌ.

قَال (وَإن وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَة فَالقَسَامَة عَلى مَن فِيهَا مِن الرُّكَّابِ وَالمَلاحِينَ) لأَنَّهَا فِي أَيدِيهِم وَاللفظُ يَشمَلُ أَربَابَهَا حَتَّى تَجِبُ عَلى الأَربَابِ الذِينَ فِيهَا وَعَلى السُّكَّانِ، وَكَذَا عَلى مَن يُمِدُّهَا وَالمَالكُ فِي ذَلكَ وَغَيرُ المَالكِ سَوَاءٌ، وَكَذَا العَجَلَة، وَهَذَا عَلى مَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ. وَالفَرقُ لهُمَا أَنَّ السَّفِينَة تُنقَلُ وَتُحَوَّلُ فَيُعتَبَرُ فِيهَا اليَدُ دُونَ المِلكِ كَمَا فِي الدَّابَّة، بِخِلافِ المَحَلَة وَالدَّارِ لأَنَّهَا لا تُنقَلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَاللفْظُ) أَيْ لفْظُ القُدُوريِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلى مَنْ فيهَا منْ الرُّكَّابِ وَالمَلاحينَ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا: أَيْ مُلاكَهَا وَغَيْرَ مُلاكهَا، وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ المُلاك

وَغَيْرِهِمْ سَوَاءٌ فِي القَسَامَةِ (عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ) أَنَّ **السُّكَّانَ تَدْخُلُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلاكِ** (ظَاهِرٌ) وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ فَلا بُدَّ مِنْ الفَرْقِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَال (وَإِن وُجِدَ فِي مَسجِدِ مَحلَّةٍ فَالقَسَامَةُ على أَهلهَا) لأَنَّ التَّدبِيرَ فِيهِ إِليهِم (وَإِن وُجِدَ فِي المَسجِدِ الجَامِعِ أَو الشَّارِعِ الأَعظَمِ فَلا قَسامَةَ فِيهِ وَالدِّيَةُ على بَيتِ المَالِ) لأَنَّهُ للعَامَّةِ لا يَختَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنهُم، وَكَذَلكَ الجُسُورُ العَامَّةُ وَمَالُ بَيتِ المَال مَالُ عَامَّةِ المُسلمِينَ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَةٍ) كَلامُهُ وَاضِحٌ سِوَى أَلفَاظ نَذْكُرُهَا.

(وَلو وُجِدَ فِي السُّوقِ إِن كَانَ مَملُوكًا) فَعِندَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ عَلى السُّكَّانِ وَعِندَهُمَا عَلى المَالكِ، (وَإِن لم يَكُن مَملُوكًا كَالشَّوَارِعِ العَامَّةِ التِي بُنِيَت فِيهَا فَعَلى بَيتِ المَالِ) لأَنَّهُ لجَمَاعَةِ المُسلمِينَ (وَلو وُجِدَ فِي السِّجنِ فَالدِّيَةُ عَلى بَيتِ المَالِ، وَعَلى قَول أَبِي يُوسُفَ الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ عَلى أَهل السِّجنِ) لأَنَّهُم سُكَّانٌ وَوِلايَةُ التَّدبِيرِ إليهِم، وَالظَّاهِرُ أَنَّ القَتل حَصَل مِنهُم، وَهُمَا يَقُولان: إِنَّ أَهل السِّجنِ مَقهُورُونَ فَلا يَتَنَاصَرُونَ فَلا يَتَعلقُ بِهِم مَا يَجِبُ لأَجل النُّصرَةِ، وَلأَنَّهُ بُنِيَ لاستِيفَاءِ حُقُوقِ المُسلمِينَ، فَإِذَا كَانَ غُنمُهُ يَعُودُ إِليهِم فَغُرمُهُ يَرجِعُ عَليهِم. قَالُوا: وَهَذِهِ فُرَيعَةُ المَالكِ وَالسَّاكِنِ وَهِيَ مُختَلفٌ فِيهَا بَينَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله.

الشرح:

قَوْلُهُ (فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ عَلَى السُّكَّانِ) أَيْ: سَوَاءٌ كَانَ السُّكَّانُ مُلاكًا أَوْ غَيْرَ مُلاكٍ. وَقَوْلُهُ (كَالشَّوَارِعِ العَامَّةِ التِي بُنِيَتْ فِيهَا فَعَلى بَيْتِ المَالِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنْ المَحَالِّ، أَمَّا الأَسْوَاقُ التِي تَكُونُ فِي المَحَالِّ فَهِيَ مَحْفُوظَةٌ بِحِفْظِ أَهْلِ المَحَلَةِ فَتَكُونُ القَسَامَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ المَحَلةِ، وَكَذَا فِي السُّوقِ النَّائِي إِذَا كَانَ مَنْ يَسْكُنُهَا فِي اللَيَالِي أَوْ كَانَ لأَحَدِهِمْ فِيهَا دَارٌ مَمْلُوكَةٌ تَكُونُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِ؛ لأَنَّهُ يَلزَمُهُ صِيَانَةُ ذَلكَ المَوْضِعِ فَيُوصَفُ بِالتَّقْصِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ مُوجَبُ التَّقْصِيرِ.

قَال (وَإِن وُجِدَ فِي بَرِيَّةٍ لِيسَ بِقُربِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدَرٌ) وَتَفسِيرُ القُربِ مَا ذَكَرنَا

مِن استِمَاعِ الصَّوتِ لأنَّهُ إذَا كَانَ بِهَذِهِ الحَالَةِ لا يَلحَقُهُ الغَوثُ مِن غَيرِهِ فَلا يُوصَفُ أَحَدٌ بِالتَّقصِيرِ، وَهَذَا إذَا لم تَكُن مَملُوكَةً لأحَدٍ. أمَّا إذَا كَانَت فَالدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ على عَاقِلتِهِ (وَإن وُجِدَ بَينَ قَريَتَينِ كَانَ عَلى أَقرَبِهِمَا) وَقَد بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي مَسْأَلة: وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ.

(وَإن وُجِدَ فِي وَسَطِ الفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ المَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ) لأنَّهُ ليسَ فِي يَدِ أَحَدٍ وَلا فِي مِلكِهِ (وَإن كَانَ مُحتَبَسًا بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلى أَقرَبِ القُرَى مِن ذَلكَ المَكَان) عَلى التَّفسِيرِ الذِي تَقَدَّمَ لأنَّهُ اختَصَّ بِنُصرَةِ هَذَا المَوضِعِ فَهُوَ كَالمَوضُوعِ عَلى الشَّطِّ وَالشَّطُّ فِي يَدِ مَن هُوَ أَقرَبُ مِنهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُم يَستَقُونَ مِنهُ المَاءَ وَيُورِدُونَ بَهَائِمَهُم فِيهَا، بِخِلافِ النَّهرِ الذِي يَستَحِقُّ بِهِ الشُّفعَةَ لاختِصَاصِ أَهلِهَا بِهِ لقِيَامِ يَدِهِم عَليهِ فَتَكُونُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَليهِم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الفُرَات**) يُرِيدُ بِهِ الفُرَاتَ وَكُل نَهْرٍ عَظِيمٍ لِعَدَمِ خُصُوصِيَّةِ الفُرَات بِذَلكَ، وَكَذَلكَ ذَكَرَ الوَسَطَ لَيْسَ لِلتَّخْصِيصِ بَل المَاءُ مَا دَامَ جَارِيًا بِالقَتِيل كَانَ حُكْمُ الشَّطِّ كَحُكْمِ الوَسَط. قَالُوا: هَذَا إذَا كَانَ مَوْضِعُ انْبِعَاث المَاءِ فِي دَارِ الحَرْب؛ لأَنَّهُ إذَا كَانَ كَذَلكَ فَقَدْ يَكُونُ هَذَا قَتِيل دَارِ الشِّرْك، وَأَمَّا إذَا كَانَ مَوْضِعُ انْبِعَاث المَاءِ فِي دَارِ الإِسْلامِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْت المَال؛ لأَنَّ مَوْضِعَ انْبِعَاث المَاء فِي يَد المُسْلمِينَ فَسَوَاءٌ كَانَ قَتِيل مَكَان الانْبِعَاث أَوْ مَكَان آخرَ دُونَ ذَلكَ فَهُوَ قَتِيلُ المُسْلمِينَ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَال. وَقَوْلُهُ (عَلى التَّفْسِيرِ الذِي تَقَدَّمَ) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ قِيل هَذَا مَحْمُولٌ عَلى مَا إذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ.

قَال (وَإِن ادَّعَى الوَليُّ عَلى وَاحِدٍ مِن أَهل المَحلَةِ بِعَينِهِ لم تَسقُط القَسَامَةُ عَنهُم) وَقَد ذَكَرنَاهُ وَذَكَرنَا فِيهِ القِيَاسَ وَالاستِحسَانَ. قَال (وَإِن ادَّعَى عَلى وَاحِدٍ مِن غَيرِهِم سَقَطَت عَنهُم) وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ وَوَجهُ الفَرقِ هُوَ أَنَّ وُجُوبَ القَسَامَةِ عَليهِم دَليلٌ عَلى أَنَّ القَاتِل مِنهُم فَتَعيِينُهُ وَاحِدًا مِنهُم لا يُنَافِي ابتِدَاءَ الأمرِ لأنَّهُ مِنهُم بِخِلافِ مَا إذَا عَيَّنَ مِن غَيرِهِم لأنَّ ذَلكَ بَيَانُ أَنَّ القَاتِل ليسَ مِنهُم، وَهُم إنَّمَا يَغرَمُونَ إذَا كَانَ القَاتِلُ مِنهُم

لكونِهم قتلةً تقديرًا حيثُ لم يأخذُوا على يَدِ الظَّالمِ، ولأنَّ أهل المحلةِ لا يقُومُونَ بمُجرَّدِ ظُهُورِ القَتيل بَينَ أظهُرِهِم إلا بدَعوى الولَيِّ، فإذَا ادَّعى القَتل على غيرِهِم امتَنَعَ دَعواهُ عَليهِم وَسَقَطَ لفقدِ شَرطِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمْ تَسْقُطْ القَسَامَةُ عَنْهُمْ) يَعْنِي وَالدِّيَةُ عَلى عَوَاقِلِهِمْ وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي المَذْكُورَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَوْ **ادَّعَى عَلَى البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَل وَلِيَّهُ** إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ هَذَا الذِي ذَكَرْنَا إذَا ادَّعَى الوَلِيُّ القَتْل عَلى جَمِيعِ أَهْلِ المَحلَة.

قَال (وَإِذَا التَقَى قومٌ بالسُّيُوفِ فأَجلوا عَن قَتِيلٍ فهُوَ على أهل المَحلةِ) لأنَّ القَتِيل بَينَ أظهُرِهِم والحِفظُ عَليهِم (إلا أن يَدَّعِيَ الأولياءُ على أُولئِكَ أو على رَجُلٍ منهُم بعَينِهِ فلم يكُن على أهل المَحلةِ شَيءٌ) لأنَّ هَذِهِ الدَّعوى تَضمَّنَت بَرَاءَةَ أهل المحلةِ عَن القَسَامَةِ. قَال (وَلا على أولئِكَ حتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ) لأنَّ بمُجَرَّدِ الدَّعوى لا يَثبُتُ الحَقُّ للحَدِيثِ الذِي رَوَيناهُ، أمَّا يَسقُطُ بِهِ الحَقُّ عَن أهل المحلةِ لأنَّ قولهُ حُجَّةٌ على نَفسِهِ.

الشرح:

وَقَوْله (فَأَجْلوْا عَنْ قَتِيلٍ) أَيْ: انْكَشَفُوا عَنْهُ وَانْفَرَجُوا، وَقَوْلُهُ (لأَنَّ القَتِيل بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ) أَيْ وُجِدَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ يَعْنِي بَيْنَهُمْ وَالظَّهْرُ وَالأَظْهُرُ يَجِيئَانِ مُقْحَمَيْنِ كَمَا فِي قَوْلِه ﷺ **«لا صَدَقَةَ إلا عَنْ ظَهْرِ غِنًى»** أَيْ: صَادِرَةً عَنْ غِنًى. فَإِنْ قِيل: الظَّاهِرُ أَنَّ قَاتِلهُ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ المَحلَة، وَأَنَّهُ مِنْ خُصَمَائِه.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ الوُقُوفُ عَلى قَاتِله حَقِيقَةً فَيَتَعَلقُ بِالسَّبَبِ الظَّاهِرِ وَهُوَ وُجُودُهُ قَتِيلا فِي مَحلتِهِمْ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لا يَثْبُتُ الحَقُّ) أَيْ **الاسْتِحْقَاقُ عِنْدَ إنْكَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ** لِلحَدِيثِ الذِي رَوَيْنَاهُ: أَيْ فِي أَوَائِل بَابِ القَسَامَةِ، وَأَوَّلُهُ قَوْلُهُ ﷺ **«لوْ أُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالهُمْ لكِنَّ البَيِّنَةَ عَلى المُدَّعِي وَاليَمِينَ عَلى مَنْ أَنْكَرَ»** لا يُقَالُ الظَّاهِرُ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ لِمَا عَلمْت غَيْرَ مَرَّةٍ أَنَّ الظَّاهِرَ لا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلاسْتِحْقَاقِ.

(وَلو وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسكرٍ أقَامُوهُ بِفَلاةٍ مِن الأرضِ لا مِلكَ لأحَدٍ فِيهَا، فَإن وُجِدَ

فِي خِبَاءٍ أَو فُسطَاطٍ فَعَلى مَن يَسكُنُهَا الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ، وَإِن كَانَ خَارِجًا مِن الفُسطَاطِ فَعَلى أَقرَبِ الأَخبِيَةِ) اعتِبَارًا لِليَدِ عِندَ انعِدَامِ المِلكِ (وَإِن كَانَ القَومُ لَقُوا قِتَالا وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَينَ أَظهُرِهِم فَلا قَسَامَةَ وَلا دِيَةَ) لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ العَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَدَرًا، وَإِن لَم يَلقَوا عَدُوًّا فَعَلى مَا بَيَّنَّاهُ (وَإِن كَانَ لِلأَرضِ مَالِكٌ فَالعَسكَرُ كَالسُّكَّانِ فَيَجِبُ عَلى المَالِكِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ وَقَد ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وُجِدَ فِي خِبَاءٍ أَوْ فُسْطَاطٍ) الخِبَاءُ: الخَيْمَةُ مِنْ الصُّوفِ، وَالفُسْطَاطُ: الخَيْمَةُ العَظِيمَةُ فَكَانَ أَعْظَمَ مِنْ الخِبَاءِ.

وَقَوْلُهُ (فَعَلى أَقْرَبِ الأَخْبِيَةِ) قِيلَ هَذَا إذَا نَزَلُوا قَبَائِلَ قَبَائِلَ مُتَفَرِّقِينَ، أَمَّا إذَا نَزَلُوا مُخْتَلِطِينَ فَالدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ عَلَيْهِمْ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ القَوْمُ لَقُوا قِتَالا) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَالا: أَيْ مُقَاتِلِينَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَفْعُولا مُطْلَقًا؛ لأَنَّ لَقُوا فِي مَعْنَى المُقَاتَلة، وَأَنْ يَكُونَ مَفْعُولا لهُ: أَيْ لِلقِتَال.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ العَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَدَرًا) يُحْوِجُ إلى ذِكْرِ الفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ وَبَيْنَ المُسْلِمِينَ إذَا اقْتَتَلُوا عَصَبِيَّةً فِي مَحَلَةٍ فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ فَإِنَّ عَلَيْهِمْ القَسَامَةَ وَالدِّيَةَ كَمَا مَرَّ آنِفًا.

وَقَالُوا فِي ذَلِكَ: إنَّ **القِتَال إذَا كَانَ بَيْنَ المُسْلِمِينَ وَالمُشْرِكِينَ فِي مَكَان فِي دَارِ الإِسْلامِ وَلا يُدْرَى أَنَّ القَاتِل مِنْ أَيِّهِمَا** يُرَجِّحُ احْتِمَالُ قَتْلِ المُشْرِكِينَ حَمْلا لأَمْرِ المُسْلِمِينَ عَلَى الصَّلاحِ فِي أَنَّهُمْ لا يَتْرُكُونَ الكَافِرِينَ فِي مِثْل ذَلِكَ الحَال وَيَقْتُلُونَ المُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا فِي المُسْلِمِينَ مِنْ الطَّرَفَيْنِ فَلَيْسَ ثَمَّةَ جِهَةُ الحَمْل عَلى الصَّلاحِ حَيْثُ كَانَ الفَرِيقَانِ مُسْلِمِينَ فَبَقِيَ حَالُ القَتْل مُشْكِلا فَأَوْجَبْنَا القَسَامَةَ، وَالدِّيَةَ عَلى أَهْل ذَلِكَ المَكَانِ لِوُرُودِ النَّصِّ بِإِضَافَةِ القَتْل إلَيْهِمْ عِنْدَ الإِشْكَال فَكَانَ العَمَلُ بِمَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ أَوْلى عِنْدَ الاحْتِمَال مِنْ العَمَل بِالذي لمْ يَكُنْ كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لمْ يَلقَوْا عَدُوًّا فَعَلى مَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ وَلوْ **وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ** أَقَامُوا إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) إشَارَةٌ إلى مَا ذَكَرَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ المُلاكِ فِي القَسَامَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَة

رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا.

قَال (وَإِذَا قَال المُستَحلفُ قتَلَهُ فُلانٌ أُستُحلفَ بِاَللهِ مَا قتَلتُ وَلا عَرَفت لهُ قَاتِلا غَيرَ فُلانٍ) لأَنَّهُ يُرِيدُ إسقَاطَ الخُصُومَةِ عَن نَفسِهِ بِقَولِهِ فَلا يُقبَلُ فَيَحلفُ عَلى مَا ذَكَرنَا، لأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالقَتل عَلى وَاحِدٍ صَارَ مُستَثنًى عَن اليَمِينِ فَبَقِيَ حُكمُ مَن سِوَاهُ فَيَحلفُ عَليهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا قَال المُسْتَحْلفُ قَتَلهُ فُلانٌ أُسْتُحْلفَ بِاَللهِ) يَعْنِي لا تَسْقُطُ اليَمِينُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ قَتَلهُ فُلانٌ، غَايَةُ مَا فِي البَابِ أَنَّهُ اسْتَثْنَى عَنْ يَمِينِهِ حَيْثُ قَال قَتَلهُ فُلانٌ، وَهَذَا لا يُنَافِي أَنْ يَكُونَ المُقِرُّ شَرِيكَهُ فِي القَتْل وَأَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ شَرِيكًا مَعَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَحْلفُ عَلى أَنَّهُ مَا قَتَلهُ وَلا عَرَفَ لهُ قَاتِلا غَيْرَ فُلانٍ.

قَال (وَإِذَا شَهِدَ اثنَانِ مِن أَهل المَحَلةِ عَلى رَجُلٍ مِن غَيرِهِم أَنَّهُ قتَل لم تُقبَلُ شَهَادَتُهُمَا) وَهَكَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: تُقبَلُ لأَنَّهُم كَانُوا بِعَرضِيَّةِ أَن يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَد بَطَلت العَرَضِيَّةُ بِدَعوَى الوَليِّ القَتل عَلى غَيرِهِم فَتُقبَلُ شَهَادَتُهُم كَالوَكِيل بِالخُصُومَةِ إذَا عُزِل قَبل الخُصُومَةِ. وَلهُ أَنَّهُم خُصَمَاءُ بِإِنزَالهِم قَاتِلينَ للتَّقصِيرِ الصَّادِرِ مِنهُم فَلا تُقبَلُ شَهَادَتُهُم وَإِن خَرَجُوا مِن جُملةِ الخُصُومِ كَالوَصِيِّ إذَا خَرَجَ مِن الوِصَايَةِ بَعدَمَا قَبِلهَا ثُمَّ شَهِدَ. قَال ﷺ: وَعَلى هَذَينِ الأَصلينِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِن المَسَائِل مِن هَذَا الجِنسِ، قَال (وَلو ادَّعَى عَلى وَاحِدٍ مِن أَهل المَحَلةِ بِعَينِهِ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِن أَهلهَا عَليهِ لم تُقبَل الشَّهَادَةُ) لأَنَّ الخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الكُلِّ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ وَالشَّاهِدُ يَقطَعُهَا عَن نَفسِهِ فَكَانَ مُتَّهَمًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّهُودَ يَحلفُونَ بِاَللهِ مَا قَتَلنَاهُ وَلا يَزدَادُونَ عَلى ذَلكَ لأَنَّهُم أَخبَرُوا أَنَّهُم عَرَفُوا القَاتِل.

الشرح:

قَال (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَان مِنْ أَهْل المَحَلة إلخْ) إذَا ادَّعَى الوَلِيُّ عَلى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِ أَهْل المَحَلة وَشَهِدَ اثْنَان مِنْ أَهْل المَحَلة عَلَيْهِ أَنَّهُ قَتَلهُ قَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لمْ تُقْبَل شَهَادَتُهُمَا، وَقَالا: تُقْبَلُ؛ لأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَدْ بَطَلتْ بِدَعْوَى الوَلِيِّ القَتْل عَلى غَيْرِهِمْ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، كَالوَكِيل بِالخُصُومَةِ إذَا عُزِل قَبْل

الخُصُومَة، وَلأَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ أَنَّهُمْ جُعلُوا خُصَمَاءَ تَقْديرًا للتَّقْصيرِ الصَّادرِ منْهُمْ. وَإِنْ خَرَجُوا منْ جُمْلة الخُصُومِ فَلا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ، كَالوَصيِّ إذَا خَرَجَ منْ الوصَايَة بَعْدَمَا قَبلهَا إمَّا ببُلُوغ الغُلام أَوْ بعَزْل القَاضي.

وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ) يَعْني الأَصْلَيْنِ المُجْمَعَ عَلَيْهمَا أَحَدُهُمَا أَنَّ كُل مَنْ انْتَصَبَ خَصْمًا في حَادثَة ثُمَّ خَرَجَ منْ كَوْنه خَصْمًا لَمْ تُقْبَل شَهَادَتُهُ في تلكَ الحَادثَة بالإِجْمَاع، كَالوَكيل إذَا خَاصَمَ ثُمَّ عُزل، وَالثَّاني إذَا كَانَتْ لرَجُلٍ عَرْضيَّةُ أَنْ يَصيرَ خَصْمًا ثُمَّ بَطَلَتْ تلكَ العَرْضيَّةُ فَشَهدَ قُبلتْ شَهَادَتُهُ بالإِجْمَاع.

وَأَبو حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ جَعَل مَا نَحْنُ فيه منْ الأَصْل الأَوَّل؛ لأَنَّهُمْ صَارُوا خُصَمَاءَ في هَذه الحَادثَة لوُجُود القَتيل بَيْنَ أَظْهُرِهمْ فَإِنَّهُ السَّبَبُ المُوجبُ للقَسَامَة وَالدِّيَة. قَال عُمَرُ: وَأَنَا أُغَرِّمُكُمْ الدِّيَةَ لوُجُود القَتيل بَيْنَ أَظْهُركُمْ، وَبدَعْوَى الوَليِّ القَتْل عَلى غَيْر أَهْل المَحلَة لا يَتَبَيَّنُ أَنَّ هَذَا السَّبَبَ لَمْ يَكُنْ وَلكنْ خَرَجُوا بذَلكَ عَنْ كَوْنهمْ خُصَمَاءَ وَهُمَا جَعَلاهُ منْ الأَصْل الثَّاني؛ لأَنَّهُمْ إنَّمَا يَكُونُونَ خُصَمَاءَ لوْ ادَّعَى الوَليُّ القَتْل عَلَيْهمْ؛ فَإِذَا ادَّعَى عَلى غَيْرهمْ زَالتْ العَرْضيَّةُ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ. وَقَوْلُهُ (يَتَخَرَّجُ كَثيرٌ منْ المَسَائل منْ هَذَا الجنْس)، أَمَّا عَلى الأَصْل الأَوَّل فَمَسْأَلةُ الوَكيل إذَا خَاصَمَ في مَجْلس الحُكْم ثُمَّ عُزل كَمَا مَرَّ وَالوَصيُّ في حُقُوق اليَتيم خَاصَمَ أَوْ لَمْ يُخَاصمْ كَمَا مَرَّ. وَأَمَّا عَلى الأَصْل الثَّاني فَمَسْأَلةُ **الشَّفيعَيْنِ إذَا شَهدَا عَلى المُشْتَري بالشِّرَاء وَهُمَا لا يَطْلُبَان الشُّفْعَةَ** تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا؛ لأَنَّهُمَا بعَرْضيَّة أَنْ يَصيرَا خَصْمَيْنِ بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ وَقَدْ بَطَلَتْ بتَرْكهَا. وَقَوْلُهُ (وَلوْ ادَّعَى) ظَاهرٌ.

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلى مَا ذُكرَ منْ مَسْأَلة وَإِنْ ادَّعَى الوَليُّ عَلى وَاحد منْ أَهْل المَحلَة في بَيَان الفَرْق بقَوْله وَهُوَ أَنَّ وُجُوبَ القَسَامَة عَلَيْهمْ دَليلٌ عَلى أَنَّ القَاتل منْهُمْ فَتَعْيينُهُ وَاحدًا منْهُمْ لا يُنَافي ابْتدَاءَ الأَمْر.

قَال (وَمَن جُرحَ في قَبيلَة فَنُقل إلى أَهله فَمَاتَ من تلكَ الجرَاحَة، فَإن كَانَ صَاحبَ فرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَالقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلى القَبيلَة، وَهَذَا قَولُ أَبي حَنيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا قَسَامَةَ وَلا ديَةَ) لأَنَّ الذي حَصَل في القَبيلَة وَالمَحلَة مَا دُونَ النَّفس وَلا قَسَامَةَ فيه، فَصَارَ كَمَا إذَا لم يَكُن صَاحبَ فرَاشٍ. وَلهُ أَنَّ الجُرحَ إذَا اتَّصَل به المَوتُ صَارَ قَتلا

وَلِهَذَا وَجَبَ القِصَاصُ، فَإِن كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أُضِيفَ إليه، وَإِن لم يَكُن احتَمَل أَن يَكُونَ المَوتُ مِن غَيرِ الجُرحِ فَلا يَلزَمُ بِالشَّكِّ. (وَلو أَنَّ رَجُلا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ حَمَلَهُ إنسَانٌ إلى أَهلهِ فَمَكَثَ يَومًا أَو يَومَينِ ثُمَّ مَاتَ لم يَضمَن الذي حَمَلَهُ إلى أَهلهِ فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي قِيَاسِ قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضمَنُ) لأَنَّ يَدَهُ بِمَنزِلَةِ المَحلَةِ فَوُجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَد ذَكَرنَا وَجهَي القَولَينِ فِيمَا قَبلَهُ مِن مَسأَلَةِ القَبِيلَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ**) **يَعْنِي وَلَمْ يُعْلَمْ الجَارِحُ**؛ لأَنَّهُ لوْ عُلِمَ سَقَطَ القَسَامَةُ، بَل فِيهِ القِصَاصُ عَلى الجَارِحِ إنْ كَانَ عَمْدًا وَالدِّيَةُ عَلى العَاقلة إذَا كَانَ خَطَأً، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ الجَارِحُ فَإِمَّا أَنْ يَصِيرَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حِينَ جُرِحَ أَوْ يَكُونَ صَحِيحًا حِينَئِذٍ بِحَيْثُ يَجِيءُ وَيَذْهَبُ. فَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَلا ضَمَانَ فِيه بالاتِّفَاق، وَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَفِيه القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلى القَبِيلة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا شَيْءَ عَلَيْه وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ أَبِي لَيْلى. وَوَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، وَوَجْهُ قَوْل أَبِي حَنِيفَة أَنَّ الجُرْحَ إذَا اتَّصَل به المَوْتُ صَارَ قَتْلا وَلِهَذَا وَجَبَ القِصَاصُ.

وَاعْتُرِضَ عَلَيْه بأَنَّهُ لوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا افْتَرَقَ الحُكْمُ بَيْنَ صَيْرُورَته صَاحِبَ فِرَاشٍ وَعَدَمِ صَيْرُورَته كَذَلِكَ كَمَا لا يَفْتَرِقُ فِي حَقِّ القِصَاصِ؛ فَإِنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ وَقْتَ الجَرْحِ صَاحِبَ فِرَاشٍ ثُمَّ سَرَى فَمَاتَ وَجَبَ القِصَاصُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ القَسَامَةَ وَالدِّيَةَ رُدَّتَا فِي قَتِيلٍ فِي مَحَلَة لَمْ يُعْلَمْ لهُ قَاتِلٌ بِالنَّصِّ عَلى خِلافِ القِيَاسِ فَيُرَاعَى ذَلِكَ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وَالمَجْرُوحُ فِي مَحَلَة لَمْ يُعْلَمْ جَارِحُهُ إذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ قَتِيلٌ شَرْعًا؛ لأَنَّهُ صَارَ مَرِيضًا مَرَضَ المَوْت وَحُكْمُهُ حُكْمُ المَيِّت فِي التَّصَرُّفَات فَجُعِل كَأَنَّهُ مَاتَ حِينَ جُرِحَ فَوَجَبَتْ الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ.

وَأَمَّا إذَا كَانَ صَحِيحًا يَذْهَبُ وَيَجِيءُ فَهُوَ فِي حُكْمِ التَّصَرُّفَات لَمْ يُجْعَل كَالمَيِّت مِنْ حِينِ جُرِحَ، فَكَذَلِكَ فِي الدِّيَة وَالقَسَامَة. وَقَوْلُهُ (وَلوْ أَنَّ رَجُلا مَعَهُ جَرِيحٌ إلخْ) حُكْمُهُ ظَاهِرٌ مِنْ مَسْأَلة مَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلة فَنُقِل إلى أَهْله وَلِهَذَا قَال فِي آخِرِه: وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَيْ القَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلهُ فِي مَسْأَلة القَبِيلة.

(وَلو وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلا فِي دَارِ نَفسِهِ فَدِيَتُهُ عَلى عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ

وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ لا شَيءَ فِيهِ) لأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ حِينَ وُجِدَ الجَرِيحُ فَيُجعَلُ كَأَنَّهُ قَتَل نَفسَهُ فَيَكُونُ هَدَرًا. وَلَهُ أَنَّ القَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِنَاءً عَلَى ظُهُورِ القَتل، وَلِهَذَا لا يَدخُلُ فِي الدِّيَةِ مَن مَاتَ قَبل ذَلِكَ، وَحَال ظُهُورِ القَتل الدَّارُ لِلوَرَثَةِ فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِم، بِخِلافِ المُكَاتَبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلا فِي دَارِ نَفسِهِ لأَنَّ حَال ظُهُورِ قَتلِهِ بَقِيَت الدَّارُ عَلَى حُكمِ مِلكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَل نَفسَهُ فَيُهدَرُ دَمُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلا فِي دَارِ نَفْسِه) اعْلَمْ أَنَّ الْمُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللهُ قَال: فَدِيَتُهُ عَلى عَاقِلته لوَرَثَته عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

ثُمَّ قَال فِي دَليله: وَحَالُ ظُهُورِ القَتْل الدَّارُ للوَرَثَة فَتَجبُ عَلى عَاقلتهِمْ، وَفيه تَنَاقُضٌ ظَاهرٌ وَمُخَالفَةٌ بَيْنَ الدَّليل وَالمَدْلُول، وَدُفعَ ذَلكَ بأَنْ يُقَال عَاقلةُ المَيِّت إمَّا أَنْ تَكُونَ عَاقلةَ الوَرَثَة أَوْ غَيْرهِمْ، فَإنْ كَانَ الأَوَّل كَانَتْ الدِّيَةُ عَلى عَاقلة المَيِّت وَهُمْ عَاقلةُ الوَرَثَة فَلا تَنَافِيَ بَيْنَهُمْ، وَإنْ كَانَ الثَّاني كَانَتْ الدِّيَةُ عَلى عَاقلة الوَرَثَة، وَلَمَّا كَانَ كُلٌّ منْهُمَا مُمْكنًا أَشَارَ إلى الأَوَّل فِي حُكْمِ المَسْأَلة وَإلى الثَّاني فِي دَليلهَا، وَعَلى التَّقْديرِ الثَّاني يُقَدَّرُ فِي قَوْله فَالدِّيَةُ عَلى عَاقلته مُضَافٌ: أَيْ عَلى عَاقلة وَرَثَته، وَمَا ذُكرَ فِي الكتَاب منْ وَجْه المَسْأَلة للجَانبَيْنِ ظَاهرٌ. وَاعْتُرضَ عَلى وَجْه أَبِي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ بأَنَّ الدِّيَةَ إذَا وَجَبَتْ عَلى عَاقلة الوَرَثَة فَإنَّمَا وَجَبَتْ للوَرَثَة فَكَيْفَ يَسْتَقيمُ أَنْ يَعْقلُوا عَنْهُمْ لَهُمْ. وَأُجيبَ بأَنَّهَا تَجبُ للمَقْتُول حَتَّى تُقْضَى منْهَا دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ وَصَايَاهُ ثُمَّ يَخْلُفُهُ الوَارثُ فيه، وَهُوَ نَظيرُ الصَّبيِّ وَالمَعْتُوه إذَا قَتَل أَبَاهُ تَجبُ الدِّيَةُ عَلى عَاقلته، وَتَكُونُ ميرَاثًا لَهُ.

ثُمَّ اعْلَمْ بأَنَّهُ صَنَعَ مثْل ذَلكَ فِي ذكْره الدِّيَةَ فِي الحُكْمِ وَالقَسَامَة، فِي دَليل أَبِي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ إشَارَةً إلى أَنَّ القَسَامَةَ وَاجبَةٌ عَليْهِمْ وُجُوبَ الدِّيَة وَهُوَ اخْتيَارُ بَعْضِ المَشَايخِ، فَإنَّ القَسَامَةَ لمْ تُذْكَرْ فِي الأَصْل، وَاخْتَلفَ المَشَايخُ فِي وُجُوبهَا عَلى العَاقلة عَلى قَوْل أَبِي حَنيفَةَ، فَمنْهُمْ مَنْ قَال: لا تَجبُ؛ لأَنَّهَا تَخْتَصُّ بمَنْ يَعْلمُ بحَال القَتيل وَليْسَ هَاهُنَا مَنْ يَعْلمُهُ فَلا تَلزَمُ القَسَامَةُ، وَمنْهُمْ مَنْ قَال: تَجبُ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ جَمَاعَةٌ اتَّفَقُوا عَلى قَتْله فَقَتَلُوهُ فِي دَاره فَيَكُونُ ثَمَّةَ مَنْ يَعْلمُ بحَاله، وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ وَاكْتَفَى

بِذِكْرِهَا فِي الدَّلِيل عَنْ ذِكْرِ الدِّيَة؛ لأَنَّ وُجُوبَهَا يَسْتَلزِمُ وُجُوبَ الدِّيَة، وَمَا أَلطَفَهُ مُخْبِرًا بَل الله تَرَاهُ.

وَلَمَّا اسْتَشْعَرَ وُرُودَ مَسْأَلة المُكَاتَبِ إذَا وَجَدَ قَتيلا فِي دَارِه كَالنَّقْضِ عَلى مَا ذُكِرَ أَشَارَ إلى الجَوَابِ بقَوْله؛ لأَنَّ حَال ظُهُوره إلخ: يَعْنِي إنَّمَا صَارَ دَمُ المُكَاتَبِ هَدَرًا؛ لأَنَّ حَال ظُهُورِ قَتْله بَقِيَتْ الدَّارُ عَلى حُكْمِ ملكه؛ لأَنَّ الكتَابَةَ لا تَنْفَسِخُ إذَا مَاتَ عَنْ وَفَاءٍ بَل يُقْضَى بِهِ مَا عَلَيْه، وَإِذَا كَانَ الدَّارُ عَلى حُكْمِ ملك نَفْسه جُعل قَتيل نَفْسه، وَمَنْ قَتَل نَفْسَهُ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا، بِخِلاف الحُرِّ فَإِنَّهُ حَال ظُهُور قَتْله لَمْ تَكُنْ الدَّارُ عَلى حُكْمِ ملكه لعَدَمِ قَابليَّة المَيِّت للملك، وَإِنَّمَا انْتَقل إلى وَرَثَته فَكَانَ كَقَتيلٍ وُجِدَ فِي دَارِ غَيْرِهِ وَلَمْ يُعْلَمْ لهُ قَاتِلٌ فَتَجِبُ فِيه القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ.

(وَلو أَنَّ رَجُلينِ كَانَا فِي بَيتٍ وَليسَ مَعَهُمَا ثَالثٌ فَوُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذبُوحًا، قَال أَبُو يُوسُفَ: يَضمَنُ الآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَضمَنُهُ) لأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَنَّهُ قَتَل نَفسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ. وَيَحتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلهُ الآخَرُ فَلا يَضمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الإِنسَانَ لا يَقتُلُ نَفسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا كَمَا إذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحلَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ أَنَّ رَجُليْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا إذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلةٍ) يَعْنِي أَنَّ تَوَهُّمَ قَتْل نَفْسِهِ فِيهِ مَوْجُودٌ وَلَمْ يُعْتَبَرْ فَكَذَلكَ هَاهُنَا.

(وَلو وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَريَةٍ لامرَأَةٍ فَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَليهَا القَسَامَةُ تُكَرَّرُ عَليهَا الأَيمَانُ، وَالدِّيَةُ عَلى عَاقِلتِهَا أَقرَبُ القَبَائِل إليهَا فِي النَّسَبِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: عَلى العَاقِلةِ أَيضًا) لأَنَّ القَسَامَةَ إنَّمَا تَجِبُ عَلى مَن كَانَ مِن أَهل النُّصرَةِ وَالمَرأَةُ ليسَت مِن أَهلهَا فَأَشبَهَت الصَّبِيَّ. وَلهُمَا أَنَّ القَسَامَةَ لنَفيِ التُّهمَةِ وَتُهمَةُ القَتل مِن المَرأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ. قَال المُتَأَخِّرُونَ: إنَّ المَرأَةَ تَدخُلُ مَعَ العَاقِلةِ فِي التَّحَمُّل فِي هَذِهِ المَسأَلةِ لأَنَّا أَنزَلنَاهَا قَاتِلةً وَالقَاتِلُ يُشَارِكُ العَاقِلةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَال المُتَأَخِّرُونَ) أَيْ مِنْ مَشَايِخنَا رَحِمَهُمُ اللهُ (**إنَّ المَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ العَاقِلة فِي التَّحَمُّل** فِي هَذِهِ المَسْأَلةِ) يُشِيرُ إلى أَنَّهَا لا تَدْخُلُ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ عَلى مَا يَجِيءُ

فِي المَعَاقِل إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى وَإِنَّمَا دَخَلتْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لأَنَّهَا نَزَلتْ قَاتِلةً تَقْدِيرًا حَيْثُ دَخَلتْ فِي القَسَامَةِ، فَكَمَا دَخَلتْ فِيهَا دَخَلتْ فِي العَقْل أَيْضًا، بِخِلافِ غَيْرِهَا مِنْ الصُّوَرِ فَإِنَّهَا لا تَدْخُلُ فِيهِ فِي القَسَامَةِ بَل تَجِبُ عَلى الرِّجَال فَلا تَدْخُلُ فِي العَقْل أَيْضًا.

(وَلو وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلا فِي أَرضِ رَجُلٍ إلى جَانِبِ قَريَةٍ ليسَ صَاحِبُ الأرضِ مِن أَهلهَا، قَال: هُوَ عَلى صَاحِبِ الأرضِ) لأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصرَةِ أَرضِهِ مِن أَهل القَريَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ)؛ لأَنَّ **الحِفْظَ وَالتَّدْبِيرَ فِي الأَرْضِ إلى صَاحِبِ الأَرْضِ لا إلى أَهْل القَرْيَةِ**، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ.

كِتَابُ المَعَاقِلِ

المَعَاقِلُ جَمعُ مَعقُلَةٍ، وَهِيَ الدِّيَةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَةُ عَقلا لأَنَّهَا تَعقِلُ الدِّمَاءَ مِن أَن تُسفَكَ: أَي تُمسِكُ.

قَال (وَالدِّيَةُ فِي شِبهِ العَمدِ وَالخَطَإِ، وَكُلُّ دِيَةٍ تَجِبُ بِنَفسِ القَتل عَلى العَاقِلَةِ، وَالعَاقِلَةُ الذِينَ يَعقِلُونَ) يَعنِي يُؤَدُّونَ العَقل وَهُوَ الدِّيَةُ، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي الدِّيَاتِ. وَالأَصلُ فِي وُجُوبِهَا عَلى العَاقِلَةِ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ حَمَل بن مَالكٍ رضي الله عنه للأَولِيَاءِ «قُومُوا فَدُوهُ» وَلأَنَّ النَّفسَ مُحتَرَمَةٌ لا وَجهَ إلى الإِهدَارِ وَالخَاطِئُ مَعذُورٌ، وَكَذَا الذِي تَوَلى شِبهَ العَمدِ نَظَرًا إلى الآلَةِ فَلا وَجهَ إلى إيجَابِ العُقُوبَةِ عَليهِ، وَفِي إيجَابِ مَال عَظِيمٍ إجحَافُهُ وَاستِئصَالُهُ فَيَصِيرُ عُقُوبَةً فَضَمَّ إليهِ العَاقِلَةَ تَحقِيقًا لِلتَّخفِيفِ. وَإِنَّمَا خُصُّوا بِالضَّمِّ لأَنَّهُ إنَّمَا قَصَرَ لِقُوَّةٍ فِيهِ وَتِلكَ بِأَنصَارِهِ وَهُم العَاقِلَةُ فَكَانُوا هُم المُقَصِّرِينَ فِي تَركِهِم مُرَاقَبَتِهِ فَخُصُّوا بِهِ.

قَال (وَالعَاقِلَةُ أَهلُ الدِّيوَانِ إن كَانَ القَاتِلُ مِن أَهل الدِّيوَانِ يُؤخَذُ مِن عَطَايَاهُم فِي ثَلاثِ سِنِينَ) وَأَهلُ الدِّيوَانِ أَهلُ الرَّايَاتِ وَهُم الجَيشُ الذِينَ كُتِبَت أَسَامِيهِم فِي الدِّيوَانِ وَهَذَا عِندَنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: الدِّيَةُ عَلى أَهل العَشِيرَةِ لأَنَّهُ كَانَ كَذَلكَ عَلى عَهدِ رَسُول اللهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَلا نَسخَ بَعدَهُ وَلأَنَّهُ صِلَةٌ وَالأَولى بِهَا الأَقَارِبُ. وَلنَا قَضِيَّةُ عُمَرَ رضي الله عنه فَإِنَّهُ لمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ جَعَل العَقل عَلى أَهل الدِّيوَانِ، وَكَانَ ذَلكَ بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم مِن غَيرِ نَكِيرٍ مِنهُم، وَليسَ ذَلكَ بِنَسخٍ بَل هُوَ تَقرِيرُ مَعنًى لأَنَّ العَقل كَانَ عَلى أَهل النُّصرَةِ وَقَد كَانَت بِأَنوَاعٍ: بِالقَرَابَةِ وَالحِلفِ وَالوَلاءِ وَالعَدِّ. وَفِي عَهدِ عُمَرَ رضي الله عنه قَد صَارَت بِالدِّيوَانِ فَجَعَلهَا عَلى أَهلهِ اتِّبَاعًا لِلمَعنَى وَلِهَذَا قَالُوا: لو كَانَ اليَومَ قَومٌ تَنَاصُرُهُم بِالحِرَفِ فَعَاقِلتُهُم أَهلُ الحِرفَةِ، وَإِن كَانَ بِالحِلفِ فَأَهلُهُ وَالدِّيَةُ صِلَةٌ كَمَا قَال، لكِنَّ إيجَابَهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ وَهُوَ العَطَاءُ أَولى مِنهُ فِي أُصُول أَموَالِهِم، وَالتَّقدِيرُ بِثَلاثِ سِنِينَ مَروِيٌّ عَن النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَمَحكِيٌّ عَن عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وَلأَنَّ الأَخذَ مِن العَطَاءِ لِلتَّخفِيفِ وَالعَطَاءُ يَخرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً (فَإِن خَرَجَت العَطَايَا فِي أَكثَرَ مِن ثَلاثِ سِنِينَ أَو أَقَل أُخِذَ مِنهَا) لِحُصُول المَقصُودِ وَتَأوِيلُهُ إذَا كَانَت العَطَايَا لِلسِّنِينَ المُستَقبِلةِ بَعدَ القَضَاءِ، حَتَّى لو اجتَمَعَت فِي السِّنِينَ المَاضِيَةِ قَبل القَضَاءِ

ثُمَّ خَرَجَت بَعدَ القَضَاءِ لا يُؤخَذُ مِنهَا لأنَّ الوُجُوبَ بِالقَضَاءِ عَلى مَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى. وَلو خَرَجَ للقَاتِل ثَلاثُ عَطَايَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَعنَاهُ فِي المُستَقبِل يُؤخَذُ مِنهَا كُلُّ الدِّيَةِ لمَا ذَكَرنَا، وَإذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ فَكُلُّ ثُلُثٍ مِنهَا فِي سَنَةٍ، وَإِن كَانَ الوَاجِبُ بِالعَقل ثُلُثَ دِيَةِ النَّفسِ أَو أَقَل كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ إلى تَمَامِ الثُّلُثَينِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمَا زَادَ عَلى ذَلكَ إلى تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالثَةِ.

الشرح:

(**كِتَابُ المَعَاقِل**): لَمَّا كَانَ مُوجِبُ القَتْلِ الخَطَإِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ الدِّيَةَ عَلى العَاقِلة لَمْ يَكُنْ مِنْ مَعْرِفَتِهَا بُدٌّ، فَذَكَرَهَا وَأَحْكَامَهَا فِي هَذَا الكِتَاب، وَقَال (المَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقُلة) بِفَتْحِ المِيمِ وَضَمِّ القَاف وَبَيَّنَ مَعْنَاهَا، وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ دِيَة) مُبْتَدَأٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى العَاقِلة) خَبَرُهُ. وَقَوْلُهُ (وَجَبَتْ بِنَفْسِ القَتْل) يَعْنِي ابْتِدَاءً، فَإِنَّ **مَا يَجِبُ مِنْهَا بِسَبَبِ الصُّلحِ أَوْ الأُبُوَّة فَهِيَ فِي مَال القَاتِل لا عَلى العَاقِلة.**

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي الدِّيَةَ بِتَأْوِيل العَقْل. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الذي تَولى شِبْهَ العَمْد) وَهُوَ الذي ضَرَبَهُ بِالسَّوْط الصَّغِير حَتَّى قَتَلهُ. وَقَوْلُهُ (وَفِي إيجَاب مَال عَظِيمٍ إجْحَافُهُ) فَسَّرَ الإِجْحَافَ بِقَوْله وَاسْتِئْصَالُهُ. وَقَوْلُهُ (إنَّمَا قَصَرَ) يَعْنِي: أَنَّ القَاتِل إنَّمَا قَصَرَ حَالةَ الرَّمْيِ فِي التَّثَبُّت وَالتَّوَقُّف.

وَقَوْلُهُ (وَتِلكَ) أَيْ القُوَّةُ، وَقَوْلُهُ (كَتَبَ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيوَان) الدِّيوَانُ: الجَرِيدَةُ، مِنْ دَوَّنَ الكُتُبَ إذَا جَمَعَهَا؛ لأَنَّهَا قِطَعٌ مِنْ القَرَاطِيسِ مَجْمُوعَةٌ. وَيُرْوَى أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه أَوَّلُ مَنْ دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ: أَيْ رَتَّبَ الجَرَائِدَ للوُلاةِ وَالقَضَاءِ، وَيُقَالُ فُلانٌ مِنْ أَهْل الدِّيوَان: أَيْ مِمَّنْ أُثْبِتَ اسْمُهُ فِي الجَرِيدَة.

وَقَوْلُهُ (مِنْ عَطَايَاهُمْ) العَطَاءُ اسْمُ مَا يُعْطَى وَالجَمْعُ أَعْطِيَةٌ، وَالعَطَايَا جَمْعُ عَطِيَّةٍ وَهُوَ بِمَعْنَى العَطَاءِ، وَقَوْلُهُ (وَذَلكَ لَيسَ بِنَسْخٍ بَل هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًى) جَوَابٌ عَنْ قَوْل الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَلا نَسْخَ بَعْدَهُ.

وَقَوْلُهُ (بِالحَلف) الحَلفُ بِكَسْرِ الحَاء: العَهْدُ بَيْنَ القَوْمِ وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَحَالفُوا عَلى التَّنَاصُرِ، وَالمُرَادُ بِهِ وَلاءُ المُوَالاة وَقَوْلُهُ (وَالوَلاء) أَيْ وَلاءِ العَتَاقَة.

وَقَوْلُهُ (وَالعَدِّ) هُوَ مِنْ العَدِيد وَهُوَ أَنْ يُعَدَّ فِيهِمْ يُقَالُ فُلانٌ عَدِيدُ بَنِي فُلانٍ إذَا

عُدَّ فِيهِمْ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ خَرَجَتْ العَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلاثٍ) أَيْ ثَلاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ مِثْل أَنْ تَخْرُجَ عَطَايَاهُمْ الثَّلاثُ فِي سِتِّ سِنِينَ يُؤْخَذُ مِنْهُمْ فِي كُلِّ سَنَةٍ سُدُسُ الدِّيَةِ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَطَايَاهُمْ الثَّلاثُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ أُخِذَ مِنْهُمْ الدِّيَةُ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (لِحُصُول المَقْصُودِ) يَعْنِي: أَنَّ المَقْصُودَ أَنْ يَكُونَ المَأْخُوذُ مِنْهُمْ مِنْ الأَعْطِيَةِ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالأَخْذِ مِنْ عَطَايَاهُمْ سَوَاءٌ كَانَتْ فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلاثِ سِنِينَ أَوْ فِي أَقَلَّ مِنْهَا. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُهُ) أَيْ تَأْوِيلُ كَلامِ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فَإِنَّهُ أَطْلَقَ ذِكْرَ السِّنِينَ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ فِي ثَلاثِ سِنِينَ بَعْدَ القَضَاءِ فَيَكُونُ المُرَادُ ثَلاثَ سِنِينَ فِي المُسْتَقْبَلِ فَلا بُدَّ مِنْ التَّأْوِيلِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ لأَنَّ الوُجُوبَ بِالقَضَاءِ وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ جَمِيعَ الدِّيَةِ) وَاضِحٌ.

وَمَا وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ مِن الدِّيَةِ أَو عَلَى القَاتِلِ بِأَن قَتَلَ الأَبُ ابنَهُ عَمدًا فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: وَمَا وَجَبَ عَلَى القَاتِلِ فِي مَالِهِ فَهُوَ حَالٌّ، لأَنَّ التَّأجِيلَ لِلتَّخفِيفِ لِتَحَمُّلِ العَاقِلَةِ فَلا يَلحَقُ بِهِ العَمدُ المَحضُ. وَلَنَا أَنَّ القِيَاسَ يَأبَاهُ وَالشَّرعَ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلا فَلا يَتَعَدَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ) أَيْ القِيَاسُ يَأْبَى إِيجَابَ المَالِ بِمُقَابَلَةِ النَّفْسِ: يَعْنِي لا يَقْتَضِيهِ؛ لأَنَّ القِيَاسَ مِنْ حُجَجِ الشَّرْعِ وَهِيَ لا تَتَنَاقَضُ، وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِهِ: أَيْ بِإِيجَابِ المَالِ مُؤَجَّلا فِي الخَطَإِ فَلا يَتَعَدَّاهُ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى الخَطَإِ فَلا يَلْحَقُ بِهِ. قُلْنَا: هُوَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَالا وَجَبَ بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً، وَالمُسَاوَاةُ مِنْ جَمِيعِ الوُجُوهِ غَيْرُ مُلْتَزَمَةٍ، وَكَوْنُ التَّأْجِيلِ لِلتَّخْفِيفِ حِكْمَةً لا يَتَرَتَّبُ الحُكْمُ عَلَيْهَا.

وَلَو قَتَلَ عَشَرَةٌ رَجُلا خَطَأً فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ عُشرُ الدِّيَةِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ اعتِبَارًا لِلجُزءِ بِالكُلِّ إِذ هُوَ بَدَلُ النَّفسِ، وَإِنَّمَا يُعتَبَرُ مُدَّةُ ثَلاثِ سِنِينَ مِن وَقتِ القَضَاءِ بِالدِّيَةِ لأَنَّ الوَاجِبَ الأَصلِيَّ المِثلُ وَالتَّحَوُّلُ إِلَى القِيمَةِ بِالقَضَاءِ فَيُعتَبَرُ ابتِدَاؤُهَا مِن وَقتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ المَغرُورِ. قَالَ (وَمَن لَم يَكُن مِن أَهلِ الدِّيوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ) لأَنَّ نُصرَتَهُ بِهِم وَهِيَ المُعتَبَرَةُ فِي التَّعَاقُلِ. قَالَ (وَتُقسَمُ عَلَيهِم فِي ثَلاثِ سِنِينَ لا يُزَادُ الوَاحِدُ عَلَى أَربَعَةِ دَرَاهِمَ

فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنقُصُ مِنهَا) قال ﷺ: كَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي مُختَصَرِهِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إلى أَنَّهُ يُزَادُ على أَربَعَةٍ مِن جَمِيعِ الدِّيَةِ، وَقَد نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ على أَنَّهُ لا يُزَادُ على كُلِّ وَاحِدٍ مِن جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ على ثَلاثَةٍ أو أَربَعَةٍ فَلا يُؤخَذُ مِن كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إلا دِرهَمٌ أو دِرهَمٌ وَثُلُثُ دِرهَمٍ وَهُوَ الأَصَحُّ. قَال (وَإِن لم يَكُن تَتَّسِعُ القَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِليهم أَقرَبُ القَبَائِلِ) مَعنَاهُ: نَسَبًا كُلُّ ذَلِكَ لِمَعنَى التَّخفِيفِ وَيُضَمُّ الأَقرَبُ فَالأَقرَبُ على تَرتِيبِ العَصَبَاتِ: الإِخوَةُ ثُمَّ بَنُوهُم، ثُمَّ الأَعمَامُ ثُمَّ بَنُوهُم. وَأَمَّا الآبَاءُ وَالأَبنَاءُ فَقِيل يَدخُلُونَ لِقُربِهِم، وَقِيل لا يَدخُلُونَ لأَنَّ الضَّمَّ لِنَفيِ الحَرَجِ حَتَّى لا يُصِيبَ كُل وَاحِدٍ أَكثَرُ مِن ثَلاثَةٍ أَو أَربَعَةٍ، وَهَذَا المَعنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِندَ الكَثرَةِ وَالآبَاءُ وَالأَبنَاءُ لا يَكثُرُونَ، وَعَلَى هَذَا حُكمُ الرَّايَاتِ إِذَا لم يَتَّسِع لِذَلِكَ أَهلُ رَايَةٍ ضُمَّ إِليهِم أَقرَبُ الرَّايَاتِ: يَعنِي أَقرَبَهُم نُصرَةً إِذَا حَزَبَهُم أَمرٌ الأَقرَبَ فَالأَقرَبَ، وَيُفَوَّضُ ذَلِكَ إِلى الإِمَامِ لأَنَّهُ هُوَ العَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هَذَا كُلُّهُ عِندَنَا، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ يَجِبُ عَلى كُلِّ وَاحِدٍ نِصفُ دِينَارٍ فَيُسَوِّى بَينَ الكُلِّ لأَنَّهُ صِلَةٌ فَيُعتَبَرُ بِالزَّكَاةِ وَأَدنَاهَا ذَلِكَ إِذ خَمسَةُ دَرَاهِمَ عِندَهُم نِصفُ دِينَارٍ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: هِيَ أَحَطُّ رُتبَةً مِنهَا؛ أَلا تَرَى أَنَّهَا لا تُؤخَذُ مِن أَصل المَال فَيُنتَقَصُ مِنهَا تَحقِيقًا لِزِيَادَةِ التَّخفِيفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الوَاجِب الأَصْلِيَّ المِثْلُ)؛ لأَنَّ ضَمَانَ المُتْلفَات إِنَّمَا يَكُونُ بالمِثْل بالنَّصِّ، وَمِثْلُ النَّفْسِ النَّفْسُ، إلا أَنَّهُ إِذَا رُفِعَ إلى القَاضِي وَتَحَقَّقَ العَجْزُ عَنْ اسْتِيفَاءِ النَّفْسِ لِمَا فيه مِنْ مَعْنَى العُقُوبَة تَحَوَّل الحَقُّ إلى القِيمَة بالقَضَاء (فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْته) أَيْ مِنْ وَقْت القَضَاء (كَمَا فِي وَلَد المَغْرُور) فَإِنَّ قِيمَتَهُ إِنَّمَا تَجبُ بِقَضَاء القَاضِي وَإِنْ كَانَ رَدُّ عَيْنَهُ قَبْل القَضَاءِ مُتَعَذِّرًا، لكنْ جُعِل الوَاجِبُ رَدَّ العَيْنِ وَتَحَوَّل إلى القيمَة بالقَضَاء لَّمَا تَحَقَّقَ العَجزُ عَنْ رَدِّ العَيْنِ؛ وَلِهَذَا لوْ هَلَكَ الوَلَدُ قَبْل القَضَاءِ لَمْ يَضْمَنْ المَغْرُورُ شَيْئًا وَهَذَا هُوَ المَوْعُودُ مِنْ قَبْلُ بِقَوْله؛ لأَنَّ الوُجُوبَ بالقَضَاء عَلى مَا نُبَيِّنُ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ قَوْلُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ الله لا يُزَادُ الوَاحِدُ عَلى أَرْبَعَة دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَة وَيُنْقَصُ منْهَا (إِشَارَةٌ إلى أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُزَادَ عَلى أَرْبَعَة مِنْ جَمِيعِ الدِّيَة) فَإِذَا أَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدِ منْهُمْ فِي كُلِّ سَنَة ثَلاثَةً أَوْ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ كَانَ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَة تِسْعَةٌ

أَوْ اثْنَا عَشَرَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لا يُزَادُ عَلَى كُلِّ وَاحِد مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلاث سِنِينَ عَلَى ثَلاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إلا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الأَصَحُّ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللهُ مِمَّا فُهِمَ مِنْ إِشَارَةِ كَلامِ القُدُورِيِّ ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ وَقَال ذَلِكَ غَلَطٌ. وَقَوْلُهُ (ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِل مَعْنَاهُ نَسَبًا) قَالُوا هَذَا الجَوَابُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ فِي حَقِّ العَرَب؛ لأَنَّ العَرَبَ حُفِظَتْ أَنْسَابُهُمْ فَأَمْكَنَنَا إِيجَابُ العَقْل عَلَى أَقْرَبِ القَبَائِلِ مِنْ حَيْثُ النَّسَبُ أَمَّا فِي حَقِّ العَجَمِيِّ فَلا يَسْتَقِيمُ؛ لأَنَّ العَجَمَ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ فَلا يُمْكِنُنَا إِيجَابُ العَقْل عَلَى أَقْرَبِ القَبَائِلِ مِنْ القَاتِل نَسَبًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللهُ، فَقَال بَعْضُهُمْ: يُعْتَبَرُ المَحَالُّ وَالقُرَى الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ، وَقَال بَعْضُهُمْ: يَجِبُ البَاقِي فِي مَال الجَانِي.

وَقَوْلُهُ (فَيُسَوَّى بَيْنَ الكُلِّ) يَعْنِي الآبَاءَ وَالأَبْنَاءَ وَغَيْرَهُمْ لأَنَّهُ صِلَةٌ لأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ عَلَى سَبِيل المُوَاسَاة.

(وَلو كَانَت عَاقِلَةُ الرَّجُل أَصحَابَ الرِّزقِ يُقضَى بِالدِّيَةِ فِي أَرزَاقِهِم فِي ثَلاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ) لأَنَّ الرِّزقَ فِي حَقِّهِم بِمَنزِلَةِ العَطَاءِ قَائِمٌ مُقَامَهُ إذ كُلٌّ مِنهُمَا صِلَةٌ مِن بَيتِ المَالِ، ثُمَّ يُنظَرُ إن كَانَت أَرزَاقُهُم تَخرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَكَمَا يَخرُجُ رِزقٌ يُؤخَذُ مِنهُ الثُّلُثُ بِمَنزِلَةِ العَطَاءِ، وَإِن كَانَ يَخرُجُ فِي كُلِّ سِتَّةِ أَشهُرٍ وَخَرَجَ بَعدَ القَضَاءِ يُؤخَذُ مِنهُ سُدُسُ الدِّيَةِ وَإِن كَانَ يَخرُجُ فِي كُلِّ شَهرٍ يُؤخَذُ مِن كُلِّ رِزقٍ بِحِصَّتِهِ مِن الشَّهرِ حَتَّى يَكُونَ المُستَوفِي فِي كُلِّ سَنَةٍ مِقدَارَ الثُّلُثِ، وَإِن خَرَجَ بَعدَ القَضَاءِ بِيَومٍ أَو أَكثَرَ أُخِذَ مِن رِزقِ ذَلِكَ الشَّهرِ بِحِصَّةِ الشَّهرِ، وَإِن كَانَت لَهُم أَرزَاقٌ فِي كُلِّ شَهرٍ وَأَعطِيَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ فُرِضَت الدِّيَةُ فِي الأَعطِيَةِ دُونَ الأَرزَاقِ لأَنَّهُ أَيسَرُ، إمَّا لأَنَّ الأَعطِيَةَ أَكثَرُ، أَو لأَنَّ الرِّزقَ لِكِفَايَةِ الوَقتِ فَيَتَعَسَّرُ الأَدَاءُ مِنهُ وَالأَعطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيوَانِ قَائِمِينَ بِالنُّصرَةِ فَيَتَيَسَّرُ عَلَيهِم. قَال (وَأُدخِل القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِم) لأَنَّهُ هُوَ الفَاعِلُ فَلا مَعنَى لإِخرَاجِهِ وَمُؤَاخَذَةِ غَيرِهِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجِبُ عَلَى القَاتِل شَيءٌ مِن الدِّيَةِ اعتِبَارًا لِلجُزءِ بِالكُلِّ فِي النَّفيِ عَنهُ وَالجَامِعُ كَونُهُ مَعذُورًا. قُلنَا: إيجَابُ الكُلِّ إجحَافٌ بِهِ وَلا كَذَلِكَ إيجَابُ الجُزءِ، وَلو كَانَ الخَاطِئُ

مَعذُورًا فَالبَرِيءُ مِنهُ أَولى، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [النعام: ١٦٤].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ كَانَتْ **عَاقلةُ الرَّجُل أَصْحَابَ الرِّزْق**) قيل الفَرْقُ بَيْنَ العَطيَّة وَالرِّزْق أَنَّ العَطيَّةَ مَا يُفْرَضُ للمُقَاتلة وَالرِّزْقُ مَا يُجْعَلُ للفُقَرَاء المُسْلمينَ إذَا لَمْ يَكُونُوا مُقَاتلةً وَالبَاقِي ظَاهرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأُدْخل القَاتلُ مَعَ العَاقلة) يَعْني: إذَا كَانَ القَاتلُ منْ أَهْل الدِّيوَان، أَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ فَلا شَيْءَ عَلَيْه منْ الدِّيَة عنْدَنَا أَيْضًا كَمَا لا تَجبُ عنْدَ الشَّافعيِّ رَحمَهُ اللهُ.

(وَليسَ عَلى النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ مِمَّن كَانَ لهُ حَظٌّ فِي الدِّيوَانِ عَقلٌ) لقَول عُمَرَ ﷺ: لا يَعقِلُ مَعَ العَاقِلةِ صَبِيٌّ وَلا امرَأَةٌ، وَلأَنَّ العَقل إنَّمَا يَجِبُ عَلى أَهل النُّصرَةِ لتَركِهِم مُرَاقَبَتَهُ، وَالنَّاسُ لا يَتَنَاصَرُونَ بِالصِّبيَانِ وَالنِّسَاءِ وَلهَذَا لا يُوضَعُ عَليهِم مَا هُوَ خَلفٌ عَن النُّصرَةِ وَهُوَ الجزيَةُ، وَعَلى هَذَا لو كَانَ القَاتِلُ صَبِيًّا أَو امرَأَةً لا شَيءَ عَليهِمَا مِن الدِّيَةِ بخِلافِ الرَّجُل، لأَنَّ وُجُوبَ جُزءٍ مِن الدِّيَةِ عَلى القَاتِل بِاعتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ العَوَاقِل لأَنَّهُ يَنصُرُ نَفسَهُ وَهَذَا لا يُوجَدُ فِيهِمَا، وَالفَرضُ لهُمَا مِن العَطَاء للمَعُونَةِ لا للنُّصرَةِ كَفَرضِ أَزوَاجِ النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَرَضِيَ اللهُ عَنهُنَّ.

الشرح:

قَال (**وَلَيْسَ عَلى النِّسَاء وَالذُّرِّيَّة ممَّنْ كَانَ لهُ حَظٌّ في الدِّيوَان عَقْلٌ**) كَلامُهُ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا لوْ كَانَ القَاتلُ صَبيًّا أَوْ امْرَأَةً لا شَيْءَ عَلَيْهمَا منْ الدِّيَة) قيل إنَّهُ يُنَاقضُ قَوْلهُ في المَسْأَلة التي ذَكَرَهَا قَبْل المَعَاقل فيمَا إذَا وُجدَ القَتيلُ في دَار امْرَأَة حَيْثُ أَدْخَلهَا المُتَأَخِّرُونَ هُنَاكَ في تَحَمُّل الدِّيَة مَعَ العَاقلة وَليْسَ بصَحيحٍ؛ لأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلة فيمَا إذَا كَانَتْ قَاتلةً حَقيقَةً وَهُنَاكَ تَقْديرُ قَاتلة بسَبَب وُجُوب القَسَامَة، لا يُقَالُ: إذَا لمْ يَجبْ عَلى المَرْأَة شَيْءٌ منْ الدِّيَة وَهيَ قَاتلةٌ حَقيقَةً فَلأَنْ لا يَجبَ عَلَيْهَا شَيْءٌ منْهَا وَهيَ قَاتلةٌ تَقْديرًا أَوْلى؛ لأَنَّا نَقُولُ: القَسَامَةُ تَسْتَلزمُ وُجُوبَ الدِّيَة عَلى المُقْسم، إمَّا بالاسْتقْلال أَوْ بالدُّخُول في العَاقلة عنْدَنَا بالاسْتقْرَاء وَقَدْ تَحَقَّقَ المَلزُومُ فَيَتَحَقَّقُ اللازمُ بخلافِ القَتْل مُبَاشَرَةً فَإنَّهُ قَدْ لا يَسْتَلزمُ الدِّيَةَ. فَإنْ قُلت: هَذَا الجَوَابُ يَنْبَني عَلى إيجَاب القَسَامَة عَلَيْهَا وَفي ذَلكَ تَنَاقُضٌ؛ لأَنَّهُ قَال قَبْل هَذَا: وَلا قَسَامَةَ عَلى صَبيٍّ، إلى أَنْ قَال:

وَلا امْرَأَةٍ وَعَبْدٍ.

وَقَالَ هَاهُنَا: وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لامْرَأَةٍ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ القَسَامَةُ عَلَيْهَا تَكَرُّرُ الأَيْمَانِ وَذَلِكَ تَنَاقُضٌ أَلْبَتَّةَ. فَالجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي سِيَاقِ قَوْلِهِ وَإِنْ لَمْ تُكْمِلْ أَهْلُ المَحَلَةِ خَمْسِينَ كُرِّرَتْ الأَيْمَانُ، وَمَعْنَاهُ لا يُكْمِلُ أَهْلُ المَحَلَةِ خَمْسِينَ مِنْ الصَّبِيِّ وَالمَرْأَةِ وَالعَبْدِ؛ لأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَاليَمِينُ عَلَى أَهْلِهَا، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالقَتِيلُ وُجِدَ فِي قَرْيَتِهَا فَيَجِبُ عَلَيْهَا نَفْيًا لِتُهْمَةِ القَتْلِ فَإِنَّهَا تَتَحَقَّقُ مِنْهَا، وَيَتَبَيَّنُ مِنْ هَذَا أَنَّ القَسَامَةَ إِذَا وَجَبَتْ عَلَى جَمَاعَةٍ تَعَلَّلَ بِالنُّصْرَةِ، فَمَنْ كَانَ أَهْلا لَهَا يَدْخُلُ وَمَنْ لا فَلا، فَلا يَدْخُلُ الصَّبِيُّ وَالعَبْدُ وَالمَرْأَةُ، وَإِذَا وَجَبَتْ عَلَى وَاحِدٍ تَعَلَّلَ بِتُهْمَةِ القَتْلِ.

فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِهَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ وَمَنْ لا فَلا فَتَدْخُلُ المَرْأَةُ، وَاللهُ أَعْلَمُ. قَوْلُهُ (وَالفَرْضُ لَهُمَا مِنْ العَطَاءِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ فَرَضَ الإِمَامُ لِنِسَاءِ الغُزَاةِ وَذَرَارِيِّهِمْ مِنْ العَطَاءِ، وَالعَطَاءُ إِنَّمَا يُدْفَعُ بِنُصْرَةِ أَهْلِ الإِسْلامِ كَمَا فِي حَقِّ الغُزَاةِ، ثُمَّ الغُزَاةُ عَوَاقِلُ لِغَيْرِهِمْ فَكَذَا النِّسَاءُ. وَوَجْهُهُ مَا قَالَهُ أَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِنَّ بِاعْتِبَارِ المَعُونَةِ أَيْ: مَعُونَةِ الإِمَامِ لَهُمَا لا بِاعْتِبَارِ نُصْرَتِهِمَا غَيْرَهُمَا.

(وَلا يَعقِلُ أَهلُ مِصرٍ عَن مِصرٍ آخَرَ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لأَهلِ كُلِّ مِصرٍ دِيوَانٌ عَلَى حِدَةٍ لأَنَّ التَّنَاصُرَ بِالدِّيوَانِ عِندَ وُجُودِهِ، وَلَو كَانَ بِاعتِبَارِ القُربِ فِي السُّكنَى فَأَهلُ مِصرِهِ أَقرَبُ إِليهِ مِن أَهلِ مِصرٍ آخَرَ (وَيَعقِلُ أَهلُ كُلِّ مِصرٍ مِن أَهلِ سَوَادِهِم) لأَنَّهُم أَتبَاعٌ لأَهلِ المِصرِ، فَإِنَّهُم إِذَا حَزَبَهُم أَمرٌ استَنصَرُوا بِهِم فَيَعقِلُهُم أَهلُ المِصرِ بِاعتِبَارِ مَعنَى القُربِ فِي النُّصرَةِ (وَمَن كَانَ مَنزِلُهُ بِالبَصرَةِ وَدِيوَانُهُ بِالكُوفَةِ عَقَلَ عَنهُ أَهلُ الكُوفَةِ) لأَنَّهُ يَستَنصِرُ بِأَهلِ دِيوَانِهِ لا بِجِيرَانِهِ. وَالحَاصِلُ أَنَّ الاستِنصَارَ بِالدِّيوَانِ أَظهَرُ فَلا يَظهَرُ مَعَهُ حُكمُ النُّصرَةِ بِالقَرَابَةِ وَالنَّسَبِ وَالوَلاءِ وَقُربِ السُّكنَى وَغَيرِهِ وَبَعدَ الدِّيوَانِ النُّصرَةُ بِالنَّسَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَى هَذَا يَخرُجُ كَثِيرٌ مِن صُوَرِ مَسَائِلِ المَعَاقِلِ (وَمَن جَنَى جِنَايَةً مِن أَهلِ المِصرِ وَلَيسَ لَهُ فِي الدِّيوَانِ عَطَاءٌ وَأَهلُ البَادِيَةِ أَقرَبُ إِليهِ وَمَسكَنُهُ المِصرُ عَقَلَ عَنهُ أَهلُ الدِّيوَانِ مِن ذَلِكَ المِصرِ) وَلَم يُشتَرَط أَن يَكُونَ بَينَهُ وَبَينَ أَهلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ، قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ لأَنَّ الذِينَ يَذُبُّونَ عَن أَهلِ المِصرِ وَيَقُومُونَ بِنُصرَتِهِم وَيَدفَعُونَ عَنهُم أَهلَ

الدِّيوَانِ مِن أَهل المِصرِ وَلا يَخُصُّونَ بِهِ أَهل العَطَاءِ. وَقِيل تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لهُم، وَفِي الكِتَابِ إِشَارَةٌ إِليهِ حَيثُ قَال: وَأَهلُ البَادِيَةِ أَقرَبُ إِليهِ مِن أَهل مِصرٍ، وَهَذَا لأَنَّ الوُجُوبَ عَليهِم بِحُكمِ القَرَابَةِ وَأَهلُ المِصرِ أَقرَبُ مِنهُم مَكَانًا فَكَانَت القُدرَةُ عَلى النُّصرَةِ لهُم وَصَارَ نَظِيرُ مَسأَلةِ الغَيبَةِ المُنقَطِعَةِ (وَلو كَانَ البَدوِيُّ نَازِلا فِي المِصرِ لا مَسكَنَ لهُ فِيهِ لا يَعقِلُهُ أَهلُ المِصرِ) لأَنَّ أَهل العَطَاءِ لا يَنصُرُونَ مَن لا مَسكَنَ لهُ فِيهِ، كَمَا أَنَّ أَهل البَادِيَةِ لا تَعقِلُ عَن أَهل المِصرِ النَّازِل فِيهِم لأَنَّهُ لا يَستَنصِرُ بِهِم (وَإِن كَانَ لأَهل الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا فَقَتَل أَحَدُهُم قَتِيلا فَدِيَتُهُ عَلى عَاقِلتِهِ بِمَنزِلةِ المُسلمِ) لأَنَّهُم التَزَمُوا أَحكَامَ الإِسلامِ فِي المُعَامَلاتِ لا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَةِ عَن الإِصرَارِ، وَمَعنَى التَّنَاصُرِ مَوجُودٌ فِي حَقِّهِم (وَإِن لم تَكُن لهُم عَاقِلةٌ مَعرُوفَةٌ فَالدِّيَةُ فِي مَالهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ مِن يَومِ يُقضَى بِهَا عَليهِ) كَمَا فِي حَقِّ المُسلمِ لمَا بَيَّنَّا أَنَّ الوُجُوبَ عَلى القَاتِل وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ عَنهُ إِلى العَاقِلةِ أَن لو وُجِدَت، فَإِذَا لم تُوجَد بَقِيَت عَليهِ بِمَنزِلةِ تَاجِرَينِ مُسلمَينِ فِي دَارِ الحَربِ قَتَل أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ يُقضَى بِالدِّيَةِ عَليهِ فِي مَالهِ لأَنَّ أَهل دَارِ الإِسلامِ لا يَعقِلُونَ عَنهُ، وَتَمَكُّنُهُ مِن هَذَا القَتل ليسَ بِنُصرَتِهِم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَهْلُ البَادِيَة أَقْرَبُ إِلَيْه) يَعْنِي: نَسَبًا. وَقَوْلُهُ (قِيل هُوَ صَحِيحٌ) الضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِه لَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْل الدِّيوَان قَرَابَةٌ.

وَقَوْلُهُ (مِنْ أَهْل المِصْر) بَيَانٌ لقَوْله أَهْلُ الدِّيوَان: أَيْ: أَهْلُ الدِّيوَان الذينَ هُمْ مِنْ أَهْل المِصْر. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلة الغَيْبَة المُنْقَطِعَة) يَعْنِي أَنَّ للوَلِيِّ **الأَبْعَد أَنْ يُزَوِّجَ إِذَا كَانَ الأَقْرَبُ غَائبًا.** وَقَوْلُهُ (لا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَة) كَحَدِّ القَذْف وَالسَّرِقَة وَالقِصَاص وَوُجُوب الدِّيَة.

وَقَوْلُهُ (فَالدِّيَةُ فِي مَاله فِي ثَلاث سِنِينَ) أَيْ: لا عَلَى بَيْت المَال؛ لأَنَّ النُّصْرَةَ المُوجِبَةَ للعَقْل غَيْرُ مَوْجُودَة بَيْنَ الذِّمِّيِّ وَالمُسْلمِينَ لانْقِطَاع الوِلايَة بَيْنَنَا، بِخِلاف المُسْلم فَإِنَّ **دِيَتَهُ عَلَى بَيْت المَال إِذَا لَمْ يُوجَدْ لَهُ عَاقِلَةٌ** عَلَى ظَاهِر الرِّوَايَة وَسَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هَذَا القَتْل لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ) أَيْ لَيْسَ بِسَبَب نُصْرَة أَهْل الإِسْلام إِيَّاهُ.

(وَلا يَعقِلُ كَافِرٌ عَن مُسلمٍ وَلا مُسلمٌ عَن كَافِرٍ) لعَدَمِ التَّنَاصُرِ وَالكُفَّارُ

يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَينَهُم وَإِن اختَلَفَت مِللُهُم لأَنَّ الكُفرَ كُلهُ مِلةٌ وَاحِدَةٌ. قَالُوا: هَذَا إِذَا لم تَكُن المُعَادَاةُ فِيمَا بَينَهُم ظَاهِرَةً، أَمَّا إِذَا كَانَت ظَاهِرَةً كَاليَهُودِ وَالنَّصَارَى يَنبَغِي أَن لا يَتَعَاقَلُونَ بَعضُهُم عَن بَعضٍ، وَهَكَذَا عَن أَبِي يُوسُفَ لانقِطَاعِ التَّنَاصُرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ)؛ لأَنَّ التَّعَاقُلَ يَبْتَنِي عَلَى المُوَالاةِ وَذَلِكَ يَنْعَدِمُ عِنْدَ اخْتِلافِ الملة، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١] وَقَوْلُهُ (وَالكُفَّارُ يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ) ظَاهِرًا لا أَلفَاظًا نَذْكُرُهَا.

وَلو كَانَ القَاتِلُ مِن أَهل الكُوفَةِ وَلهُ بِهَا عَطَاءٌ فَحَوَّل دِيوَانَهُ إِلى البَصرَةِ ثُمَّ رُفِعَ إِلى القَاضِي فَإِنَّهُ يُقضَى بِالدِّيَةِ عَلى عَاقِلتِهِ مِن أَهل البَصرَةِ.

وَقَال زُفَرُ: يُقضَى عَلى عَاقِلتِهِ مِن أَهل الكُوفَةِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ، لأَنَّ المُوجِبَ هُوَ الجِنَايَةُ وَقَد تَحَقَّقَ وَعَاقِلتُهُ أَهلُ الكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حُوِّل بَعدَ القَضَاءِ. وَلنَا أَنَّ المَال إِنَّمَا يَجِبُ عِندَ القَضَاءِ لِمَا ذَكَرنَا أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثلُ وَبِالقَضَاءِ يَنتَقِلُ إِلى المَال، وَكَذَا الوُجُوبُ عَلى القَاتِل وَتَتَحَمَّلُ عَنهُ عَاقِلتُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يَتَحَمَّلُ عَنهُ مَن يَكُونُ عَاقِلتَهُ عِندَ القَضَاءِ، بِخِلافِ مَا بَعدَ القَضَاءِ لأَنَّ الوَاجِبَ قَد تَقَرَّرَ بِالقَضَاءِ فَلا يَنتَقِلُ بَعدَ ذَلكَ، لكِنَّ حِصَّةَ القَاتِل تُؤخَذُ مِن عَطَائِهِ بِالبَصرَةِ لأَنَّهَا تُؤخَذُ مِن العَطَاءِ وَعَطَاؤُهُ بِالبَصرَةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَلت العَاقِلةُ بَعدَ القَضَاءِ عَليهِم حَيثُ يُضَمُّ إِليهِم أَقرَبُ القَبَائِل فِي النَّسَبِ، لأَنَّ فِي النَّقل إِبطَال حُكمِ الأَوَّل فَلا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكثِيرُ المُتَحَمِّلينَ لِمَا قُضِيَ بِهِ عَليهِم فَكَانَ فِيهِ تَقرِيرُ الحُكمِ الأَوَّل لا إِبطَالُهُ، وَعَلى هَذَا لو كَانَ القَاتِلُ مَسكَنُهُ بِالكُوفَةِ وَليسَ لهُ عَطَاءٌ فَلم يُقضَ عَليهِ حَتَّى استَوطَنَ البَصرَةَ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلى أَهل البَصرَةِ، وَلو كَانَ قَضَى بِهَا عَلى أَهل الكُوفَةِ لم يَنتَقِل عَنهُم، وَكَذَا البَدوِيُّ إِذَا أُلحِقَ بِالدِّيوَانِ بَعدَ القَتل قَبل القَضَاءِ يُقضَى بِالدِّيَةِ عَلى أَهل الدِّيوَانِ، وَبَعدَ القَضَاءِ عَلى عَاقِلتِهِ بِالبَادِيَةِ لا يَتَحَوَّلُ عَنهُم، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ قَومٌ مِن أَهل البَادِيَةِ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَليهِم فِي أَموَالهِم فِي ثَلاثِ سِنِينَ ثُمَّ جَعَلهُم الإِمَامُ فِي العَطَاءِ حَيثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي أَعطِيَاتِهِم وَإِن كَانَ قَضَى بِهَا أَوَّل مَرَّةٍ فِي أَموَالهِم لأَنَّهُ ليسَ فِيهِ نَقضُ القَضَاءِ الأَوَّل لأَنَّهُ قَضَى بِهَا فِي أَموَالهِم وَأَعطِيَاتُهُم أَموَالُهُم، غَيرَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقضَى

مِن أَيسَرِ الأَموَالِ أَدَاءً، وَالأَدَاءُ مِن العَطَاءِ أَيسَرُ إذَا صَارُوا مِن أَهلِ العَطَاءِ إلا إذَا لم يَكُن مَالُ العَطَاءِ مِن جِنسِ مَا قُضِيَ بِهِ عَليهِ بِأَن كَانَ القَضَاءُ بِالإِبِلِ وَالعَطَاءُ دَرَاهِمَ فَحِينَئِذٍ لا تَتَحَوَّلُ إلى الدَّرَاهِمِ أَبَدًا لِمَا فِيهِ مِن إبطَالِ القَضَاءِ الأَوَّلِ، لكِن يُقضَى ذَلكَ مِن مَالِ العَطَاءِ لأَنَّهُ أَيسَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الكُوفَةِ) الوَاوُ للحَالِ. وَقَوْلُهُ (لكِنَّ حِصَّةَ القَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِه بالبَصْرَةِ) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ بَعْدَ القَضَاءِ.

وَقَوْلُهُ (بخِلافِ مَا إذَا قَلَتْ العَاقِلَةُ) مُتَعَلِّقٌ بقَوْلِه بخِلافِ مَا بَعْدَ القَضَاءِ وَمَعْنَاهُ **لا يُقْضَى بالدِّيَةِ عَلى عَاقِلَتِه مِنْ أَهْلِ البَصْرَةِ إِذَا كَانَ القَاضِي قَضَى بدِيَتِه عَلى عَاقِلَتِه مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ**، بخِلافِ مَا إذَا قَلَتْ العَاقِلَةُ بمَوْتِ بَعْضِهِمْ حَيْثُ يُضَمُّ إلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ فِي النَّسَبِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ القَضَاءِ مَعَ أَنَّ فِيهِ أَيْضًا نَقْلَ الدِّيَةِ مِنْ المَوْجُودِينَ وَقْتَ القَضَاءِ إلى أَقْرَبِ القَبَائِلِ، وَقَدْ ذَكَرَ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا بقَوْلِه؛ لأَنَّ فِي النَّقْلِ إبْطَالَ حُكْمِ الأَوَّلِ فَلا يَجُوزُ بحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ المُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيه تَقْرِيرُ الحُكْمِ الأَوَّلِ لا إبْطَالُهُ. وَقَوْلُهُ (لكِنْ يُقْضَى ذَلكَ) أَيْ الإِبلُ مِنْ مَالِ العَطَاءِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الإِبلَ مِنْ مَالِ العَطَاءِ.

قَالَ (وَعَاقِلَةُ المُعتَقِ قَبِيلَةُ مَولاهُ) لأَنَّ النُّصرَةَ بِهِم يُؤَيِّدُ ذَلكَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَولى القَومِ مِنهُم». قَالَ (وَمَولى المُوَالاةِ يَعقِلُ عَنهُ مَولاهُ وَقَبِيلَتُهُ) لأَنَّهُ وَلاءٌ يُتَنَاصَرُ بِهِ فَأَشبَهَ وَلاءَ العَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ وَقَد مَرَّ فِي كِتَابِ الوَلاءِ.

الشرح:

قَال (وَعَاقِلَةُ المُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلاهُ) كَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ (وَلا تَعقِلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِن نِصفِ عُشرِ الدِّيَةِ وَتَتَحَمَّلُ نِصفَ العُشرِ فَصَاعِدًا) وَالأَصلُ فِيهِ حَدِيثُ ابنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا مَوقُوفًا عَليهِ وَمَرفُوعًا إلى رَسُولِ اللهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تَعقِلُ العَوَاقِلُ عَمدًا وَلا عَبدًا وَلا صُلحًا وَلا اعتِرَافًا وَلا مَا دُونَ أَرشِ المُوضِحَةِ» وَأَرشُ المُوضِحَةِ نِصفُ عُشرِ بَدَلِ النَّفسِ، وَلأَنَّ التَّحَمُّلَ للتَّحَرُّزِ عَن الإِجحَافِ وَلا إجحَافَ فِي القَلِيلِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الكَثِيرِ، وَالتَّقدِيرُ الفَاصِلُ عُرِفَ بِالسَّمعِ.

قَال (وَمَا نَقصَ مِن ذَلكَ يَكُونُ فِي مَال الجَانِي) وَالقِيَاسُ فِيهِ التَّسوِيَةُ بَينَ القَليل وَالكَثِيرِ فَيَجِبُ الكُلُّ علَى العَاقِلةِ كَمَا ذَهَبَ إليهِ الشَّافِعِيُّ، أَو التَّسوِيَةُ فِي أَن لا يَجِبَ علَى العَاقِلةِ شَيءٌ، إلا أَنَّا تَركنَاهُ بِمَا رَوَينَا، وبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَوجَبَ أَرشَ الجَنِينِ علَى العَاقِلةِ» وَهُوَ نِصفُ عُشرِ بَدَل الرَّجُل علَى مَا مَرَّ فِي الدِّيَاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسلكُ بِهِ مَسلكُ الأَموَال لأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحكِيمِ كَمَا يَجِبُ ضَمَانُ المَال بِالتَّقوِيمِ فَلهَذَا كَانَ فِي مَال الجَانِي أَخذًا بِالقِيَاسِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا تَعْقِلُ العَاقِلةُ أَقَل مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ)؛ لأَنَّ القِصَاصَ لا يَجِبُ فِي عَمْدِهِ وَلا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهُ فَصَارَ كَضَمَانِ الأَمْوَال.

قِيل هَذَا إذَا كَانَتْ الجِنَايَةُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، فَأَمَّا بَدَلُ النَّفْسِ فَتَتَحَمَّلُهُ العَاقِلةُ وَإِنْ كَانَ أَقَل مِنْ نِصْفِ العُشْرِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ القَبِيلةَ إذَا كَانَتْ مِائَةً كَانَتْ الدِّيَةُ عَلى عَاقِلتِهِمْ، وَإِنْ كَانَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِائَةَ دِرْهَمٍ؛ لأَنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ، وَكَذَلكَ مَنْ **قَتَل عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا** فَإِنَّهُ تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلةُ؛ لأَنَّ تَحَمُّل بَدَل النَّفْسِ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ وَالتَّحَمُّلُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ثَابِتٌ بِعِلةِ النَّصِّ فَلا يُعْتَبَرُ للتَّحَمُّل فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مِقْدَارٌ لمْ يُوجَدْ فِي التَّحَمُّل لا النَّصِّ وَلا عِلتُهُ فَيَجِبُ فِي مَالهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلا عَبْدًا) قَال أَبُو عُبَيْدٍ: اخْتَلفُوا فِي تَأْوِيل قَوْلهِ ﷺ «**لا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا وَلا عَبْدًا**» فَقَال لي مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ رَحِمَهُ اللهُ: إنَّمَا مَعْنَاهُ أَنْ **يَقْتُل العَبْدُ حُرًّا** فَليْسَ عَلى عَاقِلةِ مَوْلاهُ شَيْءٌ مِنْ جِنَايَةِ عَبْدِهِ، إنَّمَا جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ أَنْ يَدْفَعَهُ إلى المَجْنِيِّ عَليْهِ أَوْ يَفْدِيَهُ. ثُمَّ قَال: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال ابْنُ أَبِي ليْلى: إنَّمَا مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ مَجْنِيًّا عَليْهِ يَقْتُلُهُ حُرٌّ أَوْ يَجْرَحُهُ يَقُولُ: فَليْسَ عَلى عَاقِلةِ الجَانِي شَيْءٌ إنَّمَا ثَمَنُهُ فِي مَالهِ خَاصَّةً.

قَال أَبُو عُبَيْدٍ: فَذَاكَرْت الأَصْمَعِيَّ فِي ذَلكَ فَإِذَا هُوَ يَرَى القَوْل فِيهِ قَوْل ابْنِ أَبِي ليْلى لجَرْيِهِ عَلى كَلامِ العَرَبِ، وَلا يَرَى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ جَائِزًا، يَذْهَبُ إلى أَنَّهُ لوْ كَانَ المَعْنَى عَلى مَا قَال لكَانَ الكَلامُ لا تَعْقِلُ العَاقِلةُ عَنْ عَبْدٍ وَلمْ يَكُنْ وَلا تَعْقِلُ عَبْدًا، وَمَعْنَى قَوْل الأَصْمَعِيِّ إنَّ فِي كَلامِ العَرَبِ يُقَالُ عَقَلت القَتِيل إذَا أَعْطَيْت دِيَتَهُ، وَعَقَلت

عَنْ فُلانٍ إِذَا لزِمَتْهُ دِيَةٌ فَأَعْطَيْتُهَا عَنْهُ. قَالَ الأَصْمَعِيُّ: كَلَمْت أَبَا يُوسُفَ القَاضِي فِي ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الرَّشِيدِ فَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ عَقَلته وَعَقَلت عَنْهُ حَتَّى فَهِمْته. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَقَلته يُسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَى عَقَلت عَنْهُ، وَسِيَاقُ الحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «**لا تَعْقِلُ العَاقِلةُ عَمْدًا**» وَسِيَاقُهُ وَهُوَ قَوْلُهُ «**وَلا صُلحًا وَلا اعْترَافًا**» يَدُلانِ عَلَى ذَلِكَ؛ لأَنَّ مَعْنَاهُ عَنْ عَمْدٍ وَعَنْ صُلحٍ وَعَنْ اعْتِرَافٍ، وَعَلى هَذَا فَقَوْلُهُ بَعْدَ هَذَا.

قَال (وَلا تَعقِلُ العَاقِلةُ جِنَايَةَ العَبدِ وَلا مَا لزِمَ بِالصُّلحِ أَو بِاعتِرَافِ الجَانِي) لِمَا رَوينَا، وَلأَنَّهُ لا تَنَاصُرَ بِالعَبدِ وَالإِقرَارُ وَالصُّلحُ لا يَلزَمَانِ العَاقِلةَ لقُصُورِ الوِلايَةِ عَنهُم. قَال (إِلا أَن يُصَدِّقُوهُ) لأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِم وَالامتِنَاعُ كَانَ لحَقِّهِم وَلهُم وِلايَةٌ عَلى أَنفُسِهِم.

الشرح:

(وَلا تَعْقِلُ العَاقِلةُ جِنَايَةَ العَبْدِ) إِضَافَةُ المَصْدَرِ إِلى فَاعِله. وَأَمَّا إِذَا **جَنَى الحُرُّ عَلى العَبْدِ فَقَتَلهُ خَطَأً** كَانَتْ عَلى العَاقِلة. وَقَوْلُهُ (وَالإِقْرَارُ وَالصُّلحُ لا يَلزَمَان العَاقِلةَ لقُصُورِ الوِلايَةِ عَنْهُمْ) إلا أَنَّ فِي الإِقْرَارِ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي ثَلاثِ سِنِينَ، **وَفِي الصُّلحِ عَنْ العَمْدِ يَجِبُ المَالُ** حَالا إلا إِذَا شَرَطَ الأَجَل فِي الصُّلحِ فَيَكُونُ مُؤَجَّلا.

(وَمَن أَقَرَّ بِقَتلٍ خَطَإٍ وَلم يَرفَعُوا إِلى القَاضِي إِلا بَعدَ سِنِينَ قُضِيَ عَليهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ مِن يَومِ يُقضَى) لأَنَّ التَّأجِيل مِن وَقتِ القَضَاءِ فِي الثَّابِتِ بِالبَيِّنَةِ فَفِي الثَّابِتِ بِالإِقرَارِ أَولى (وَلو تَصَادَقَ القَاتِلُ وَوَليُّ الجِنَايَةِ عَلى أَنَّ قَاضِيَ بَلدِ كَذَا قَضَى بِالدِّيَةِ عَلى عَاقِلتِهِ بِالكُوفَةِ بِالبَيِّنَةِ وَكَذَّبَهُمَا العَاقِلةُ فَلا شَيءَ عَلى العَاقِلةِ) لأَنَّ تَصَادُقَهُمَا ليسَ بِحَجَّةٍ عَليهِم (وَلم يَكُن عَليهِ شَيءٌ فِي مَالهِ) لأَنَّ الدِّيَةَ بِتَصَادُقِهِمَا تَقَرَّرَت عَلى العَاقِلةِ بِالقَضَاءِ وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلافِ الأَوَّل (إِلا أَن يَكُونَ لهُ عَطَاءٌ مَعَهُم فَحِينَئِذٍ يَلزَمُهُ بِقَدرِ حِصَّتِهِ) لأَنَّهُ فِي حَقِّ حِصَّتِهِ مُقِرٌّ عَلى نَفسِهِ وَفِي حَقِّ العَاقِلةِ مُقِرٌّ عَليهِم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَفِي الثَّابِتِ بِالإِقْرَارِ أَوْلى) يُرِيدُ أَنَّ الثَّابِتَ بِالبَيِّنَة أَوْلى مِنْهُ بِالإِقْرَارِ؛ لأَنَّ الثَّابِتَ مُعَايَنَةٌ. وَفِي القَتْل مُعَايَنَةً الدِّيَةُ إِنَّمَا تَجِبُ بِقَضَاءِ القَاضِي فَهَذَا أَوْلى. وَقَوْلُهُ

(وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا)؛ لأَنَّ أَحَدَ الْمُتَصَادِقَيْنِ وَلِيُّ القَتِيل، وَمِنْ زَعْمِهِ أَنَّ الدِّيَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لا عَلَى الْمُقِرِّ فَإِقْرَارُهُ حُجَّةٌ عَلَى نَفْسِه.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الأَوَّلِ) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ **وَالإِقْرَارُ وَالصُّلحُ لا يَلزَمَانِ العَاقِلَةَ** فَيُفْهَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ يَلزَمُ مُوجِبُ الإِقْرَارِ فِي مَالِ الْمُقِرِّ وَإِنَّمَا وَجَبَتْ الدِّيَةُ هُنَاكَ فِي مَالِ الْمُقِرِّ؛ لأَنَّ هُنَاكَ لَمْ يُوجَدْ تَصَادُقُهُمَا بِقَضَاءِ الدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ فَيَجِبُ فِي مَالِ الْمُقِرِّ ضَرُورَةً.

فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ أَصْلُ الوُجُوبِ عَلَيْهِ وَقَدْ تَحَوَّلَ بِزَعْمِهِ إِلَى عَاقِلَتِهِ بِقَضَاءِ القَاضِي، فَإِذَا تَوَى عَلَى العَاقِلَةِ بِجُحُودِهِمْ عَادَ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ، أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا يَسْتَقِيمُ فِيمَا إِذَا كَانَ أَصْلُهُ دَيْنًا لِدَفْعِ التَّوَى عَنْ مَالِ الْمُسْلِمِ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ صِلَةٌ شُرِعَتْ صِيَانَةً لِدَمِ الْمَقْتُولِ عَنْ الهَدَرِ، فَبَعْدَمَا تَقَرَّرَ عَلَى العَاقِلَةِ بِقَضَاءِ القَاضِي لا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِ بِحَالٍ سَوَاءٌ اسْتَوْفَى مِنْ العَاقِلَةِ أَوْ لَمْ يَسْتَوْفِ.

قَال (وَإِذَا جَنَى الحُرُّ عَلى العَبدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً كَانَ عَلى عَاقِلتِهِ قِيمَتُهُ) لأَنَّهُ بَدَلُ النَّفسِ عَلى مَا عُرِفَ مِن أَصلنَا. وَفِي أَحَدِ قَولي الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِي مَالِهِ لأَنَّهُ بَدَلُ المَال عِندَهُ وَلِهَذَا يُوجِبُ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَت، وَمَا دُونَ النَّفسِ مِن العَبدِ لا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ لأَنَّهُ يُسلكُ بِهِ مَسلكَ الأَموَال عِندَنَا عَلى مَا عُرِفَ، وَفِي أَحَدِ قَوليهِ العَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الحُرِّ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ. قَال أَصحَابُنَا: إِنَّ القَاتِل إِذَا لم يَكُن لهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيتِ المَال لأَنَّ جَمَاعَةَ المُسلمِينَ هُم أَهلُ نُصرَتِهِ وَليسَ بَعضُهُم أَخَصُّ مِن بَعضٍ بِذَلك، وَلِهَذَا لو مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لبَيتِ المَال فَكَذَا مَا يَلزَمُهُ مِن الغَرَامَةِ يَلزَمُ بَيتَ المَال. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ، وَوَجهُهُ أَنَّ الأَصل أَن تَجِبَ الدِّيَةُ عَلى القَاتِل لأَنَّهُ بَدَلٌ مُتلفٌ وَالإِتلافُ مِنهُ، إِلا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُهَا تَحقِيقًا للتَّخفِيفِ عَلى مَا مَرَّ. وَإِذَا لم يَكُن لهُ عَاقِلَةٌ عَادَ الحُكمُ إِلى الأَصل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ) أَيْ فِي أَوَّلِ فَصْلٍ بَعْدَ بَابِ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ، وَقَوْلُهُ (قَال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللهُ: **إِنَّ القَاتِل إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَال**) يَعْنِي إِذَا كَانَ القَاتِلُ مُسْلمًا بِدَلِيل قَوْلِهِ؛ لأَنَّ جَمَاعَةَ الْمُسْلمِينَ هُمْ أَهْلُ النُّصْرَةِ، وَالنُّصْرَةُ بِالوِلايَةِ وَهِيَ مُنْقَطِعَةٌ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَابنُ المُلاعنَةِ تعقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ) لأنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنهَا دُونَ الأبِ (فَإِن عقَلُوا عنهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ الأبُ رَجعَت عَاقِلَةُ الأمِّ بِمَا أَدَّت على عَاقِلَةِ الأبِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ مِن يَومِ يَقضِي القَاضِي لعَاقِلَةِ الأمِّ عَلى عَاقِلَةِ الأبِ) لأنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الدِّيَةَ وَاجِبَةٌ عَليهِم، لأنَّ عِندَ الإكذَابِ ظَهَرَ أنَّ النَّسَبَ لم يَزَل كَانَ ثَابِتًا مِن الأبِ حَيثُ بَطَل اللِّعَانُ بِالإكذَابِ، وَمَتَى ظَهَرَ مِن الأصل فَقَومُ الأمِّ تَحَمَّلُوا مَا كَانَ وَاجِبًا على قَومِ الأبِ فَيَرجِعُونَ عَليهِم لأنَّهُم مُضطَرُّونَ فِي ذَلكَ، وَكَذَلكَ إن مَاتَ المُكَاتَبُ عَن وَفَاءٍ وَلهُ وَلَدٌ حُرٌّ فَلم يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ حَتَّى جَنَى ابنُهُ وَعَقَل عَنهُ قَومُ أُمِّهِ ثُمَّ أُدِّيَت الكِتَابَةُ لأنَّهُ عِندَ الأدَاءِ يَتَحَوَّلُ وَلاؤُهُ إلى قَومِ أَبِيهِ مِن وَقتِ حُرِّيَّةِ الأبِ وَهُوَ آخِرُ جُزءٍ مِن أَجزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ قَومَ الأمِّ عَقَلُوا عَنهُم فَيَرجِعُونَ عَليهِم، وَكَذَلكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتل رَجُلٍ فَقَتَلهُ فَضَمِنَت عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ الدِّيَةَ رَجَعَت بِهَا على عَاقِلَةِ الآمِرِ إن كَانَ الأمرُ ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ، وَفِي مَال الآمِرِ إن كَانَ ثَبَتَ بِإقرَارِهِ فِي ثَلاثِ سِنِينَ مِن يَومِ يَقضِي بِهَا القَاضِي على الآمِرِ، أَو عَلى عَاقِلتِهِ لأنَّ الدِّيَاتِ تَجِبُ مُؤَجَّلةً بِطَرِيقِ التَّيسِيرِ.

قَال ﷺ: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِل ذَكَرهَا مُحَمَّدٌ مُتَفَرِّقَةً، وَالأصلُ الذِي يُخَرَّجُ عَليهِ أَن يُقَال: حَالُ القَاتِل إذَا تَبَدَّل حُكمًا فَانتَقَل وَلاؤُهُ إلى وَلاءٍ بِسَبَبِ أَمرٍ حَادِثٍ لم تَنتَقِل جِنَايَتُهُ عَن الأوَّل قَضَى بِهَا أَو لم يَقضِ، وَإن ظَهَرَت حَالةٌ خَفِيَّةٌ مِثلُ دَعوَةِ وَلدِ المُلاعنَةِ حُوِّلت الجِنَايَةُ إلى الأُخرَى وَقَعَ القَضَاءُ بِهَا أَو لم يَقَع، وَلو لم يَختَلف حَالُ الجَانِي وَلكِنَّ العَاقِلةَ تَبَدَّلت كَانَ الاعتِبَارُ فِي ذَلكَ لوَقتِ القَضَاءِ، فَإِن كَانَ قَضَى بِهَا عَلى الأولى لم تَنتَقِل إلى الثَّانِيَةِ، وَإِن لم يَكُن قَضَى بِهَا عَلى الأولى فَإِنَّهُ يَقضِي بِهَا عَلى الثَّانِيَةِ، وَإِن كَانَت العَاقِلةُ وَاحِدَةً فَلحِقَهَا زِيَادَةٌ أَو نُقصَانٌ اشتَرَكُوا فِي حُكمِ الجِنَايَةِ قَبل القَضَاءِ وَبَعدَهُ إلا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ فَمَن أَحكَمَ هَذَا الأصل مُتَأَمِّلا يُمكِنُهُ التَّخرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَليهِ مِن النَّظَائِرِ وَالأضدَادِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ أَدَّيْت الكِتَابَةَ) أَيْ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَرْجِعُ قَوْمُ الأُمِّ عَلى الأَبِ وَقَوْلُهُ (وَالأَصْلُ الذِي يَخْرُجُ عَليْه أَنْ يُقَال حَالُ القَاتِل إذْ تَبَدَّل حُكْمًا فَانْتَقَل وَلاؤُهُ إلى وَلاءٍ بِسَبَبِ حَادِثٍ لمْ تَنْتَقِل جِنَايَةً عَنْ الأُولى قَضَى بِهَا القَاضِي أَوْ لمْ يَقْضِ) كَالمَوْلُودِينَ عَبْدِ

وَحُرَّة إِذَا جَنَى ثُمَّ أُعْتِقَ العَبْدُ لا تَتَحَوَّلُ الجِنَايَةُ عَنْ عَاقِلَة الأُمِّ؛ لأَنَّ هَاهُنَا تَبَدَّل حَالُهُ بِأَنْ انْتَقَل وَلاؤُهُ عَنْ مَوَالِي الأُمِّ إِلى مَوَالِي الأَبِ، **وَكَالغُلامِ إِذَا حَفَرَ بِئْرًا قَبْل أَنْ يَعْتِقَ أَبُوهُ ثُمَّ سَقَطَ فِي البِئْرِ رَجُلٌ بَعْدَمَا أُعْتِقَ أَبُوهُ** فَإِنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِالدِّيَة عَلى عَاقِلَة الأُمِّ وَلا يَجْعَلُ عَلى عَاقِلَة الأَب مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا؛ لأَنَّ الحَادِثَ بَعْدَ الحَفْر وَلاءُ العَتَاقَة فَيُعْتَبَرُ بِالملك الحَفْرُ لوْ وُجِدَ فِي مِلكٍ ثُمَّ حَدَثَ فِيه ملكٌ آخَرُ للغَيْرِ قَبْل الوُقُوعِ فَإِنَّ الجِنَايَةَ لا تَتَحَوَّلُ إِلى الملك الحَادِث بَل تَبْقَى فِي الملك الذي وُجِدَ فِيه الحَفْرُ؛ فَإِنَّ **العَبْدَ إِذَا حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ المُسْلمِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاهُ فَقَبْل أَنْ يَقَعَ فِيه إِنْسَانٌ بَاعَهُ ثُمَّ وَقَعَ فِي ملك المُشْتَرِي إِنْسَانٌ فَمَاتَ** فَالضَّمَانُ عَلى البَائِعِ لا عَلى المُشْتَرِي؛ لأَنَّ ملكَ المُشْتَرِي حَادِثٌ بَعْدَ الحَفْر فَكَذَا الوَلاءُ الحَادِثُ بَعْدَ الحَفْرِ يُعْتَبَرُ به فَلا تَتَحَوَّلُ الجِنَايَةُ وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيفَةٌ مِثْلُ دَعْوَة وَلد المُلاعَنَة حُوِّلتْ الجِنَايَةُ إِلى الأُخْرَى وَقَعَ القَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَقَدْ ذَكَرَ صُورَتَهُ فِي الكِتَاب.

وَكَمَا إِذَا **مَاتَ المُكَاتَبُ عَنْ وَلد حُرٍّ وَوَفَاءٍ فَلَمْ يُؤَدُّوا مُكَاتَبَتَهُ حَتَّى جَنَى ابْنُهُ** وَهُوَ مِنْ امْرَأَة حُرَّة مَوْلاةٌ لبَنِي تَمِيمٍ وَالمُكَاتَبُ لرَجُلٍ مِنْ هَمْدَانَ فَعَقَل عَنْهُ جِنَايَتَهُ قَوْمُ أُمِّه ثُمَّ أُدِّيَتْ الكِتَابَةُ فَإِنَّ عَاقِلَةَ الأُمِّ يَرْجِعُونَ بِمَا أَدَّوْا عَلى عَاقِلَة الأَب؛ لأَنَّ عِتْقَ المُكَاتَبِ عِنْدَ أَدَاءِ البَدَل يَسْتَنِدُ إِلى حَال حَيَاته، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ للوَلد وَلاءٌ مِنْ جَانب الأَب حِينَ جَنَى وَأَنَّ مُوجِبَ جِنَايَته عَلى مَوَالِي أَبِيه فَلذَلكَ يَرْجِعُونَ عَلى مَوَالِي الأَب وَلوْ لَمْ يَخْتَلفْ حَالُ الجَانِي وَلكِنَّ العَاقلَةَ تَبَدَّلتْ كَانَ الاعْتِبَارُ فِي ذَلكَ لوَقْت القَضَاء كَمَا ذُكرَ فِي الكِتَاب فِي صُورَة تَحْوِيل الدِّيوَان مِنْ الكُوفَة إِلى البَصْرَة مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ كَانَتْ العَاقلَةُ وَاحِدَةً فَلحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الجِنَايَة قَبْل القَضَاء وَبَعْدَهُ كَمَا إِذَا قَلتْ العَاقلَةُ بَعْدَ القَضَاء عَليْهِمْ وَبَعْدَ أَخْذ البَعْضِ مِنْهُمْ ضُمَّ إِليْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِل نَسَبًا وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَقَوْلُهُ (إِلا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله اشْتَرَكُوا: يَعْنِي لا يَشْتَرِكُونَ فِيه بَل يَقَعُ ذَلكَ مِنْ الذينَ أَدَّوْا قَبْل ضَمِّ أَقْرَب القَبَائِل إِليْهِمْ.

كِتَابُ الوَصَايَا

بَابٌ فِي صِفَةِ الوَصِيَّةِ

مَا يَجُوزُ مِن ذَلكَ وَمَا يُستَحَبُّ مِنهُ وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنهُ

الشرح:

(**كِتَابُ الوَصَايَا**) بَابٌ فِي صِفَةِ الوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ) إيرَادُ كِتَابِ الوَصَايَا فِي آخِرِ الكِتَابِ ظَاهِرُ الْمُنَاسَبَةِ؛ لأَنَّ آخِرَ أَحْوَالِ الآدَمِيِّ فِي الدُّنْيَا المَوْتُ.

وَالوَصِيَّةُ مُعَامَلَةٌ وَقْتَ المَوْتِ وَلهُ زِيَادَةُ اخْتِصَاصٍ بِكِتَابِ الجنَايَاتِ وَالدِّيَاتِ لَمَا أَنَّ الجنَايَةَ قَدْ تُفْضِي إلى المَوْتِ الذي وَقْتُهُ وَقْتُ الوَصِيَّةِ، وَالوَصِيَّةُ اسْمٌ بِمَعْنَى المَصْدَرِ، ثُمَّ سُمِّيَ المُوصَى بِهِ وَصِيَّةً، وَهِيَ فِي الشَّرِيعَةِ تَمْليكٌ مُضَافٌ إلى مَا بَعْدَ المَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ، **وَسَبَبُهَا** سَبَبُ التَّبَرُّعَاتِ **وَشَرَائِطُهَا** كَوْنُ المُوصِي أَهْلا للتَّبَرُّعِ، وَأَنْ لا يَكُونَ مَدْيُونًا.

وَكَوْنُ المُوصَى لهُ حَيًّا وَقْتَ الوَصِيَّةِ وَإِنْ لَمْ يُولدْ، وَأَجْنَبِيًّا عَنْ المِيرَاثِ، وَأَنْ لا يَكُونَ قَاتلا، وَكَوْنُ المُوصَى به بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي شَيْئًا قَابلا للتَّمْليكِ مِنْ الغَيْرِ بِعَقْدٍ مِنْ العُقُودِ حَالَ حَيَاةِ المُوصِي سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا فِي الحَالِ أَوْ مَعْدُومًا، وَأَنْ يَكُونَ بِمِقْدَارِ الثُّلُثِ.

وَرُكْنُهَا أَنْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ بِكَذَا لفُلانٍ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ مِنْ الأَلفَاظِ المُسْتَعْمَلَةِ فِيهَا. وَأَمَّا **حُكْمُ الوَصِيَّةِ** فَفِي حَقِّ المُوصَى لهُ أَنْ يَمْلكَ المُوصَى به مِلكًا جَدِيدًا كَمَا فِي الهِبَةِ وَفِي حَقِّ المُوصِي إقَامَةُ المُوصَى لهُ فِيمَا أَوْصَى بِهِ مَقَامَ نَفْسِهِ كَالوَارِثِ. **وَصِفَتُهَا** مَا ذَكَرَهُ.

قَال (الوَصِيَّةُ غَيرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُستَحَبَّةٌ) وَالقِيَاسُ يَأبَى جَوَازَهَا لأَنَّهُ تَمليكٌ مُضَافٌ إلى حَال زَوَال مَالكِيَّتِه، وَلو أُضِيفَ إلى حَال قِيَامِهَا بِأَن قِيل مَلَكتُك غَدًا كَانَ بَاطِلا فَهَذَا أَولى، إلا أَنَّا استَحسَنَّاهُ لحَاجَةِ النَّاسِ إليهَا، فَإِنَّ الإِنسَانَ مَغرُورٌ بِأَمَلِهِ مُقَصِّرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لهُ المَرَضُ وَخَافَ البَيَانَ يَحتَاجُ إلى تَلافِي بَعضِ مَا فَرَّطَ مِنهُ مِن التَّفرِيطِ بِمَالهِ عَلى وَجهٍ لو مَضَى فِيهِ يَتَحَقَّقُ مَقصِدُهُ المَآليُّ، وَلو أَنهَضَهُ البُرءُ يَصرِفُهُ إلى مَطلبِهِ الحَاليِّ، وَفِي شَرعِ الوَصِيَّةِ ذَلكَ فَشَرَعنَاهُ، وَمِثلُهُ فِي الإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ، وَقَد تَبقَى

المَالكيَّةُ بَعدَ المَوتِ بِاعتِبَارِ الحَاجَةِ كمَا فِي قَدرِ التَّجهِيزِ وَالدَّينِ، وَقَد نَطَقَ بِهِ الكِتَابُ وَهُوَ قَوله تَعَالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [النساء: ١١] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَولُ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «إنَّ اللهَ تَعَالى تَصَدَّقَ عَليكُم بِثُلُثِ أَموَالكُم فِي آخِرِ أَعمَارِكُم زِيَادَةً لكُم فِي أَعمَالكُم تَضعُونَهَا حَيثُ شِئتُم» أَو قَال «حَيثُ أَحبَبتُم»[1] وَعَليهِ إجمَاعُ الأُمَّةِ. ثُمَّ تَصِحُّ للأَجنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ مِن غَيرِ إجَازَةِ الوَرَثَةِ لِمَا رَوَينَا، وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الأَفضَلُ فِيهِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

الشرح:

بِقَوْله (الوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجبَة وَهيَ مُسْتَحَبَّةٌ) فَقَوْلُهُ غَيْرُ وَاجبَة رَدٌّ لقَوْل مَنْ يَقُولُ: إنَّ الوَصِيَّةَ للوَالدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إذَا كَانُوا ممَّنْ لا يَرثُونَ فَرْضٌ، وَلقَوْل مَنْ يَقُولُ: الوَصِيَّةُ وَاجبَةٌ عَلى كُلِّ أَحَد ممَّنْ لهُ ثَرْوَةٌ وَيَسَارٌ لقَوْله تَعَالى ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ ﴾ [البقرة: ١٨٠] وَالمَكْتُوبُ عَليْنَا فَرْضٌ، وَلَمَّا لَمْ يُفْهَمْ الاسْتحْبَابُ منْ نَفْيِ الوُجُوب لجَوَاز الإبَاحَة قَال: وَهيَ مُسْتَحَبَّةٌ وَالقيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهَا؛ لأَنَّهُ تَمْليكٌ مُضَافٌ إلى حَال زَوَال مَالكيَّته، وَلوْ أَضَافَهُ إلى حَال قيَامهَا بأَنْ قَال مَلكْتُكَ غَدًا كَانَ بَاطلا فَهَذَا أَوْلى، إلا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لحَاجَة النَّاس إليْهَا، إلى آخر مَا ذُكرَ في الكتَاب.

وَقَوْلُهُ (وَمثْلُهُ في الإجَارَة بَيَّنَّاهُ) في أَنَّهَا عَقْدٌ يَأْبَى القيَاسُ جَوَازَهَا لكَوْنهَا مُضَافَةً إلى زَمَان في المُسْتَقْبَل، وَكَانَ جَوَازُهُ بالاسْتحْسَان لحَاجَة النَّاس إليْه. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ تَبْقَى الملكيَّةُ بَعْدَ المَوْت) جَوَابٌ عَنْ وَجْه القيَاس.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ نَطَقَ به الكتَابُ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [النساء: ١١] إلى آخر مَا ذُكرَ) بَيَانٌ لوَجْه الاسْتحْسَان.

وَقَدْ اسْتَدَل أَبُو بَكْر الرَّازيّ رَحمَهُ اللهُ عَلى نَسْخ قَوْله تَعَالى ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ ﴾ بهَذه الآيَة، وَقَدْ ذَكَرَهُ الإمَامُ المُحَقِّقُ فَخْرُ الإسْلام في أُصُوله وَقَرَّرْنَاهُ في التَّقْرير بأَنَّ اللهَ تَعَالى رَتَّبَ المَوَاريثَ عَلى وَصيَّة نَكرَة وَالوَصيَّةُ الأُولى كَانَتْ مَعْهُودَةً فَإنَّهَا الوَصيَّةُ للوَالدَيْن، فَلوْ كَانَتْ تلكَ الوَصيَّةُ بَاقيَةً مَعَ الميرَاث لرَتَّبَ هَذه

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٧٠٩)، والدارقطني (٤/ ١٥٠) رقم (٣).

الوَصِيَّةَ عَلَيْهَا، وَبَيَّنَ بِأَنَّ هَذَا المِقْدَارَ بِعَدَدِ المِقْدَارِ المَفْرُوضِ؛ لأَنَّ المَحَل مَحَلُّ بَيَانِ مَا فُرِضَ لِلوَالِدَيْنِ، وَحَيْثُ رَتَّبَهَا عَلى وَصِيَّةٍ مُنَكَّرَةٍ دَل عَلى أَنَّ الوَصِيَّةَ المَفْرُوضَةَ لَمْ تَبْقَ لازِمَةً بَل بَعْدَ أَيِّ وَصِيَّةٍ كَانَتْ نَصِيبُهُمَا ذَلِكَ المِقْدَارَ، وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ انْتِفَاءَ وُجُوبِ الوَصِيَّةِ المَفْرُوضَةِ وَإِذَا انْتَسَخَ الوُجُوبُ انْتَسَخَ الجَوَازُ عِنْدَنَا.

وَذَكَرَ فَخْرُ الإِسْلامِ وَجْهًا آخَرَ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ وَاسْتِدْلالُهُ بِالسُّنَّةِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْهِ) أَيْ عَلى جَوَازِ الوَصِيَّةِ (إِجْمَاعُ الأُمَّةِ) وَقَوْلُهُ (لِمَا رَوَيْنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ**» مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِإِجَازَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الأَفْضَلُ فِيهِ) أَيْ: فِي فِعْلِ الوَصِيَّةِ أَوْ فِي قَدْرِ الوَصِيَّةِ.

قَال (وَلا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ) لِقَوْلِ النَّبِيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ سَعدِ بنِ أَبِي وَقَّاصٍ ﷺ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[1] بَعدَ مَا نَفَى وَصِيَّتَهُ بِالكُلِّ وَالنِّصفِ، وَلأَنَّهُ حَقُّ الوَرَثَةِ، وَهَذَا لأَنَّهُ انعَقَدَ سَبَبُ الزَّوَالِ إِليهِم وَهُوَ استِغنَاؤُهُ عَن المَالِ فَأَوجَبَ تَعَلُّقَ حَقِّهِم بِهِ، إِلا أَنَّ الشَّرعَ لَم يُظهِرهُ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ بِقَدرِ الثُّلُثِ لِيَتَدَارَكَ مَصِيرَهُ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظهَرَهُ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيهِم تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِن الإِيثَارِ عَلى مَا نُبَيِّنُهُ، وَقَد جَاءَ فِي الحَدِيثِ «الحَيفُ فِي الوَصِيَّةِ مِن أَكبَرِ الكَبَائِرِ»[2] وَفَسَّرُوهُ بِالزِّيَادَةِ عَلى الثُّلُثِ وَبِالوَصِيَّةِ لِلوَارِثِ.

قَال (إِلا أَنْ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ بَعدَ مَوتِهِ وَهُم كِبَارٌ) لأَنَّ الامتِنَاعَ لِحَقِّهِم وَهُم أَسقَطُوهُ (وَلا مُعتَبَرَ بِإِجَازَتِهِم فِي حَالِ حَيَاتِهِ) لأَنَّهَا قَبل ثُبُوتِ الحَقِّ إِذ الحَقُّ يَثبُتُ عِندَ المَوتِ فَكَانَ لَهُم أَن يَرُدُّوهُ بَعدَ وَفَاتِهِ، بِخِلافِ مَا بَعدَ المَوتِ لأَنَّهُ بَعدَ ثُبُوتِ الحَقِّ فَلَيسَ لَهُم أَن يَرجِعُوا عَنهُ، لأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلاشٍ. غَايَةُ الأَمرِ أَنَّهُ يُستَنَد عِندَ الإِجَازَةِ، لَكِنَّ الاستِنَادَ يَظهَرُ فِي حَقِّ القَائِمِ وَهَذَا قَد مَضَى وَتَلاشَى، وَلأَنَّ الحَقِيقَةَ تَثبُتُ عِندَ المَوتِ وَقَبلَهُ يَثبُتُ مُجَرَّدُ الحَقِّ، فَلَو استَنَدَ مِن كُلِّ وَجهٍ يَنقَلِبُ حَقِيقَةً قَبلَهُ، وَالرِّضَا بِبُطلانِ الحَقِّ لا يَكُونُ رِضًا بِبُطلانِ الحَقِيقَةِ وَكَذَا إِن كَانَت الوَصِيَّةُ لِلوَارِثِ وَأَجَازَهُ البَقِيَّةُ فَحُكمُهُ مَا ذَكَرنَاهُ.

---

(١) أخرجه البخاري (٣٩٣٦)، ومسلم في الوصية (حديث ٨).

(٢) أخرجه الدارقطني (١٥١/٤) رقم (٧).

الشرح:

(وَلا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ) وَهُوَ مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ رَحِمَهُ اللهُ فِي كِتَابِ الآثَارِ قَالَ: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا عَطَاءُ بْنُ السَّائِبِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ قَالَ «دَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَعُودُنِي فَقُلتُ يَا رَسُولَ اللهِ أَفَأُوصِي بِمَالِي كُلِّه؟ قَالَ: **لا**، فَقُلتُ فَبِالنِّصْفِ؟ قَالَ: **لا**، قُلتُ: فَبِالثُّلُثِ؟ قَالَ: **الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، لا تَدَعُ أَهْلَكَ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**».

وَفِي صَحِيحِ البُخَارِيِّ «**إِنَّكَ إِنْ تَدَعْ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**». وَقَوْلُهُ (وَهَذَا؛ لأَنَّهُ) ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ البَارِزُ فِي قَوْلِهِ لَمْ يَظْهَرْهُ وَأَظْهَرَهُ لِلاسْتِغْنَاءِ. وَقَوْلُهُ (تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنْ الإِيثَارِ) أَيْ احْتِرَازٌ عَمَّا يُوجَدُ مِنْ تَأَذِّي البَعْضِ وَقَطِيعَةِ الرَّحِمِ بِسَبَبِ (إِيثَارِ) البَعْضِ عَلَى البَعْضِ عَلَى (مَا نُبَيِّنُهُ) يَعْنِي عِنْدَ قَوْلِهِ بَعْدَ هَذَا وَلا تَجُوزُ لِوَارِثٍ وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ **الحَيْفُ فِي الوَصِيَّةِ**، رُوِيَ بِالحَاءِ المُهْمَلَةِ وَسُكُونِ اليَاءِ وَهُوَ الظُّلمُ، وَرُوِيَ الجَنَفُ بِالجِيمِ وَالنُّونِ المَفْتُوحَتَيْنِ وَهُوَ المَيْلُ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ تُجِيزَ الوَرَثَةُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، وَقَوْلُهُ (؛ لأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلاشٍ) دَلِيلُ قَوْلِهِ فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ.

وَتَقْرِيرُهُ؛ لأَنَّ إِجَازَتَهُمْ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ كَانَتْ سَاقِطَةً لِعَدَمِ مُصَادَفَتِهَا مَحَلا وَالسَّاقِطُ مُتَلاشٍ فَإِجَازَتُهُمْ مُتَلاشِيَةٌ، فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا بَعْدَ المَوْتِ مَا أَجَازُوهُ فِي حَالِ حَيَاةِ المُوصِي.

فَإِنْ قِيلَ: لا نُسَلِّمُ عَدَمَ مُصَادَفَةِ المَحَلِّ فَإِنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ ثَبَتَ فِي مَالِ المُورِثِ مِنْ أَوَّلِ المَرَضِ حَتَّى مَنَعَ عَنْ التَّصَرُّفِ فِي الثُّلُثَيْنِ، فَلَمَّا مَاتَ ظَهَرَ أَنَّهَا صَادَفَتْ مَحَلَّهَا فَصَارَتْ كَإِجَازَتِهِمْ بَعْدَ مَوْتِ المُورِثِ بِسَبَبِ الاسْتِنَادِ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ (غَايَةُ الأَمْرِ) يَعْنِي: أَنَّ حَقَّهُمْ وَإِنْ اسْتَنَدَ إِلَى أَوَّلِ المَرَضِ لَكِنَّ الاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ القَائِمِ: يَعْنِي كَمَا فِي العُقُودِ المَوْقُوفَةِ إِذَا لَحِقَتْهَا الإِجَارَةُ، وَكَثُبُوتِ المِلكِ فِي الغَصْبِ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ؛ فَإِنَّ المِلكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا مُسْتَنِدًا إِلَى أَوَّلِ العَقْدِ وَالغَصْبِ (وَهَذَا) يَعْنِي مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ الإِجَازَةِ (قَدْ مَضَى وَتَلاشَى) حِينَ وَقَعَ إِذَا لَمْ يُصَادِفْ مَحَلَّهُ فَلا يَلحَقُهَا الاسْتِنَادُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الحَقِيقَةَ) دَلِيلٌ آخَرُ تَقْرِيرُهُ حَقِيقَةُ المِلكِ لِلوَارِثِ تَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ لا

قَبْلَهُ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ مُجَرَّدُ حَقِّ الملك فَلوْ اسْتَنَدَ) ملكُهُ إلى أَوَّل المَرَضِ (مِنْ كُلِّ وَجْه لانْقَلبَ الحَقُّ حَقيقَةً) وَذَلكَ بَاطِلٌ لوُقُوعِ الحُكْمِ قَبْل السَّبَبِ وَهُوَ مَرَضُ المَوْت، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْله مِنْ كُلِّ وَجْه دَفْعًا لوَهْمِ مَنْ يَقُولُ حَقُّ الوَارِث يَتَعَلقُ بِمَال المُورَث مِنْ أَوَّل المَرَضِ حَتَّى مَنَعَ ذَلكَ التَّعَلُّقُ تَصرُّفَ المُورَث فِي الثُّلُثَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ يَظْهَرَ أَثَرُ ذَلكَ التَّعَلُّقِ فِي حَقِّ إِسْقَاطِهِمْ بالإِجَازَة أَيْضًا.

وَوَجْهُ الدَّفْعِ أَنَّهُ لوْ ظَهَرَ أَثَرُ ذَلكَ التَّعْليقِ فِي ذَلكَ أَيْضًا لانْقَلبَ الحَقُّ حَقيقَةً مِنْ كُلِّ وَجْه، وَهُوَ لا يَجُوزُ لَمَا مَرَّ، فَإِنْ قِيلَ: **الوَارِثُ إِذَا عَفَا عَنْ جَارِحِ أَبِيه قَبْل مَوْت أَبِيه فَإِنَّهُ يَصِحُّ** وَيَلزَمُ مِنْ ذَلكَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ لا يَلزَمَ مِنَ الاسْتِنَاد مِنْ كُلِّ وَجْه قَلبُ الحَقِّ حَقيقَةً، وَإِمَّا أَنْ لا يَكُونَ هَذَا القَلبُ مَانعًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا القَلبَ مَانِعٌ إِذَا لَمْ يَتَحَقَّقْ السَّبَبُ وَالجُرْحُ سَبَبُ المَوْت وَقَدْ تَحَقَّقَ، بِخلاف الإِجَازَة فَإِنَّ السَّبَبَ لَمْ يَتَحَقَّقْ ثَمَّةَ؛ لأَنَّ السَّبَبَ هُوَ مَرَضُ المَوْت وَمَرَضُ المَوْت هُوَ المُتَّصِلُ بِالمَوْت، فَقَبْل الاتِّصَال لوْ انْقَلبَ الحَقُّ حَقيقَةً وَقَعَ الحُكْمُ قَبْل السَّبَبِ وَهُوَ بَاطِلٌ، فَنَحْنُ بَيْنَ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ نُبْطِل العَفْوَ عَنْ الجَارِحِ نَظَرًا إلى عَدَمِ الحَقِيقَة، وَإِمَّا أَنْ نُجِيزَ الإِجَازَةَ نَظَرًا إلى وُجُودِ الحَقِّ وَفِي ذَلكَ إِبْطَالٌ لأَحدهمَا، فَقُلنَا: لا تَجُوزُ الإِجَازَةُ نَظَرًا إلى انْتِفَاءِ الحَقِيقَة، وَجَازَ العَفْوُ نَظَرًا إلى وُجُودِ الحَقِّ، وَلَمْ نَعْكِسْ لكَوْنِ العَفْوِ مَطْلُوبَ الحُصُول.

وَقَوْلُهُ (وَالرِّضَا بِبُطْلان الحَقِّ لا يَكُونُ رِضًا بِبُطْلان الحَقِيقَة) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الإِجَازَةُ إِسْقَاطٌ مِنْ الوَارِثِ لحَقِّه بِرِضَاهُ فَكَانَ كَسَائِرِ الإِسْقَاطَات وَفِيهِ لا رُجُوعَ فَكَذَا فِيهَا.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ قَدْ عُرِفَ أَنَّ ثَمَّةَ حَقًّا وَحَقِيقَةً، وَإِنَّمَا رَضِيَ بِبُطْلان الحَقِّ لا بِبُطْلان الحَقِيقَة؛ لأَنَّ الرِّضَا بِبُطْلانهَا يَسْتَلزِمُ وُجُودَهَا وَلا وُجُودَ لهَا قَبْل السَّبَب. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إِنْ كَانَتْ الوَصِيَّةُ للوَارِث) ظَاهِرٌ.

وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلكُهُ المُجَازُ لهُ مِن قِبَلِ المُوصِي) عِندَنَا، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ مِن قِبَلِ الوَارِثِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لأَنَّ السَّبَبَ صَدَرَ مِن المُوصِي، وَالإِجَازَةُ رَفعُ المَانِعِ وَليسَ مِن شَرطِهِ القَبضُ فَصَارَ كَالمُرتَهَنِ إِذَا أَجَازَ بَيعَ الرَّاهِنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ المُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ المُوصِي) ذَكَرَهُ تَعْرِيفًا عَلَى مَسْأَلَةِ القُدُورِيِّ. وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ بِنَفْسِ المَوْتِ صَارَ قَدْرُ الثُّلُثَيْنِ مِنَ المَالِ مَمْلُوكًا لِلوَارِثِ،؛ لأَنَّ المِيرَاثَ يَثْبُتُ لِلوَارِثِ بِغَيْرِ قَبُولِهِ وَلا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ، فَإِجَازَتُهُ تَكُونُ إِخْرَاجًا عَنْ مِلْكِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَذَلِكَ هِبَةٌ لا تَتِمُّ إِلا بِالقَبْضِ.

وَلَنَا أَنَّ المُوصِيَ صَدَرَ مِنْهُ السَّبَبُ، وَكُلُّ مَنْ صَدَرَ مِنْهُ السَّبَبُ يَثْبُتُ مِنْهُ المِلْكُ، وَكُلُّ ذَلِكَ ظَاهِرٌ فَالمُوصَى لَهُ يَتَمَلَّكُ مِنَ المُوصِي.

وَقَوْلُهُ (وَالإِجَازَةُ رَفْعُ المَانِعِ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِ الإِجَازَةِ إِخْرَاجًا عَنِ المِلْكِ: يَعْنِي أَنَّ الإِجَازَةَ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِلخُرُوجِ عَنِ المِلْكِ وَإِنَّمَا هُوَ رَفْعٌ لِلمَانِعِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ القَبْضُ) رَدٌّ لِكَوْنِهَا هِبَةً فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: لَوْ كَانَ هِبَةً لَكَانَ القَبْضُ شَرْطًا وَهُوَ مَمْنُوعٌ فَصَارَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَالمُرْتَهِنِ إِذَا أَجَازَ بَيْعَ الرَّهْنِ فِي كَوْنِ السَّبَبِ صَدَرَ مِنَ الرَّاهِنِ وَالمِلْكُ لِلمُشْتَرِي يَثْبُتُ مِنْ قِبَلِهِ، فَإِجَازَةُ المُرْتَهِنِ رَفْعُ المَانِعِ. وَعُورِضَ بِأَنَّ **الوَارِثَ إِنْ أَجَازَ الوَصِيَّةَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ** كَانَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ مَالِكًا فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ مِنْ جِهَتِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الوَارِثَ كَانَ لَهُ حَقٌّ أَسْقَطَهُ بِالإِجَازَةِ.

وَإِسْقَاطُ الحُقُوقِ المَالِيَّةِ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَمْلِيكًا كَالعِتْقِ، وَالفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا أَجَازَ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ فَإِنَّ الإِجَازَةَ صَحِيحَةٌ، وَتَصِيرُ مِلْكًا لِلمُوصَى لَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَيُجْبَرُ الوَارِثُ عَلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَهَا عِنْدَنَا، وَلَوْ كَانَ التَّمْلِيكُ مِنْ جِهَةِ الوَارِثِ.

قَالَ (وَلا تَجُوزُ لِلقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا وَصِيَّةَ لِلقَاتِلِ»[1] وَلأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللهُ تَعَالَى فَيَحْرُمُ الوَصِيَّةَ كَمَا يَحْرُمُ المِيرَاثَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ لِلقَاتِلِ وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ المُوصِيَ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لا تَبْطُلُ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الفَصْلَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ أَجَازَتْهَا الوَرَثَةُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا تَجُوزُ) لأَنَّ

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٦، ٢٣٧) رقم (١١٥).

جِنَايَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالامتِنَاعُ لأجلِهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الامتِنَاعَ لِحَقِّ الوَرَثَةِ لأَنَّ نَفعَ بُطلانِهَا يَعُودُ إليهِم كَنَفعِ بُطلانِ المِيرَاثِ، وَلأَنَّهُم لا يَرضَونَهَا للقَاتِلِ كَمَا لا يَرضَونَهَا لأحدِهِم.

قَال (وَلا تَجُوزُ لوَارِثِهِ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إنَّ اللهَ تَعَالى أعطَى كُل ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلا لا وَصِيَّةَ لوَارِثٍ»[1] وَلأَنَّهُ يَتَأَذَّى البَعضُ بإيثَارِ البَعضِ فَفِي تَجوِيزِهِ قَطِيعَةُ الرَّحِمِ وَلأَنَّهُ حَيفٌ بِالحَدِيثِ الذِي رَوَينَاهُ، وَيُعتَبَرُ كَونُهُ وَارِثًا أَو غَيرَ وَارِثٍ وَقتَ المَوتِ لا وَقتَ الوَصِيَّةِ لأَنَّهُ تَمليكٌ مُضَافٌ إلى مَا بَعدَ المَوتِ، وَحُكمُهُ يَثبُتُ بَعدَ المَوتِ.

الشرح:

انْعَكَسَتْ هَذه الأَحْكَامُ لكَوْن الإجَازَة حينَئذ هبَةً. قَال (وَلا تَجُوزُ للقَاتل عَامدًا كَانَ أَوْ خَاطئًا إلخْ) لا تَجُوزُ الوَصيَّةُ لمُبَاشر القَتْل عَامدًا كَانَ أَوْ خَاطئًا لقَوْله ﷺ «**لا وَصيَّةَ للقَاتل**» (وَلأَنَّهُ اسْتَعْجَل مَا أَخَّرَهُ اللهُ فَيُحْرَمُ الوَصيَّةَ كَمَا يُحرَمُ الميرَاثَ) وَرُدَّ بأَنَّ حرْمَانَ الإرْث لا يَسْتَلزمُ بُطْلانَ الوَصيَّة كَمَا في الرِّقِّ وَاخْتلاف الدِّين.

وَأُجيبَ بأَنَّ حرْمَانَ القَاتل عَنْ الميرَاث بسَبَب مُغَايَظَة الوَرَثَة مُقَاسَمَةُ قَاتل أَبيهمْ في تَركَته وَالمُوصَى لهُ يُشَاركُهُ في هَذَا المَعْنَى فَجَازَ القيَاسُ عَلَيْه، وَالمُشَابَهَةُ بَيْنَ المَقيس وَالمَقيس عَلَيْه منْ كُلِّ وَجْه غَيْر مُلتَزَم، وَلعَل التَّفَصِّي عَنْ عُهْدَة كَوْنه قيَاسًا عَلى طَريقَتنَا عَسرٌ جدًّا، وَسُلُوكُ طَريق الدَّلالة أَسْهَلُ (وَقَال الشَّافعيُّ رَحمَهُ اللهُ: تَجُوزُ **الوَصيَّةُ للقَاتل**) مُطْلقًا؛ لأَنَّهُ أَجْنَبيٌّ منْهُ فَصَحَّتْ لهُ كَمَا صَحَّتْ لغَيْره (وَعَلى هَذَا الخلاف) بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ.

(إذَا أَوْصَى لرَجُلٍ ثُمَّ إنَّهُ قَتَل المُوصي تَبْطُلُ الوَصيَّةُ عنْدَنَا، وَعنْدَهُ لا تَبْطُلُ وَالحُجَّةُ عَلَيْه في الفَصْلَيْن) يَعْني فيمَا إذَا كَانَ القَتْلُ قَبْل الوَصيَّة أَوْ بَعْدَهَا (مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْني منْ الحَديث فَإنَّهُ بإطْلاقه لا يَفصلُ بَيْنَ تَقَدُّم الجَرْح عَلى الوَصيَّة وَتَأَخُّره عَنْهَا، وَمنْ المَعْقُول الذي ذَكَرَهُ وَاعْتُرضَ عَلَيْه بأَنَّ ذَلكَ صَحيحٌ إذَا كَانَ القَتْلُ بَعْدَ الوَصيَّة، وَأَمَّا إذَا كَانَ الجَرْحُ قَبْلهَا فَلا اسْتعْجَال ثَمَّةَ.

وَأُجيبَ بجَعْل الجَارحُ مُسْتَعْجلا وَإنْ تَقَدَّمَ جَرْحُهُ عَلى الوَصيَّة لمَا ذَكَرَ شَيْخُ الإسْلام رَحمَهُ اللهُ أَنَّ المُعْتَبَرَ في كَوْن المُوصَى لهُ قَاتلا أَوْ غَيْرَ قَاتلٍ لجَوَاز الوَصيَّة

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٦٩)، والترمذي (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٧١٣).

وَفَسَادِهَا يَوْمَ المَوْتِ لا يَوْمَ الوَصِيَّةِ، فَبِالنَّظَرِ إلى وَقْتِ المَوْتِ كَانَ القَتْلُ مُؤَخَّرًا عَنْ الوَصِيَّةِ.

وَاعْتُرِضَ بِنَقْضٍ إجْمَالِيٍّ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لوْ صَحَّ بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِه لَمَا عَتَقَ المُدَبَّرُ إذَا قُتِل مَوْلاهُ؛ لأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ لا تَصِحُّ للقَاتِل، وَأُجِيبَ بِأَنَّ عِتْقَهُ مِنْ حَيْثُ إنَّ مَوْتَهُ جُعِل شَرْطًا لعِتْقِه وَقَدْ وُجِدَ، وَلكِنْ يَسْعَى المُدَبَّرُ فِي جَمِيعِ قِيمَتِه؛ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ لوُجُودِ شَرْطِ العِتْقِ الذِي لا يَقْبَلُ الرَّدَّ فَيُرَدُّ مِنْ حَيْثُ المَعْنَى بِإِيجَابِ السِّعَايَةِ.

(وَلوْ **أَجَازَتْ الوَرَثَةُ الوَصِيَّةَ للقَاتِل** جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَال أَبُو يُوسُفَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ جِنَايَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالامْتِنَاعُ لأَجْلِهَا. وَلهُمَا أَنَّ الامْتِنَاعَ لِحَقِّ الوَرَثَةِ) إلى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ المِيرَاثِ إذَا أَجَازَتْ الوَرَثَةُ حَيْثُ صَحَّتْ الوَصِيَّةُ دُونَ المِيرَاثِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الإِجَازَةَ تَصَرُّفٌ مِنْ العَبْدِ فَتَعْمَلُ فِيمَا كَانَ مِنْ جِهَةِ العَبْدِ وَالوَصِيَّةُ مِنْ جِهَةِ العَبْدِ فَتَعْمَلُ فِيه، بِخِلافِ المِيرَاثِ فَإِنَّهُ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ لا صُنْعَ للعَبْدِ فِيه فَلا يَعْمَلُ فِيه تَصَرُّفُ العَبْدِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُمْ لا يَرْضَوْنَهَا) أَيْ الوَصِيَّةَ (للقَاتِل كَمَا لا يَرْضَوْنَهَا لأَحَدِهِمْ) أَيْ: لأَحَدِ الوَرَثَةِ، وَفِي الوَصِيَّةِ لأَحَدِهِمْ إنْ أَجَازَهَا البَقِيَّةُ نَفَذَتْ فَكَذَا القَاتِلُ. وَقَوْلُهُ (وَلا تَجُوزُ لوَارِثِه) أَيْ لوَارِثِ المُوصِي لقَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**إنَّ اللهَ أَعْطَى كُل ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلا لا وَصِيَّةَ لوَارِثٍ**»؛ وَلأَنَّهُ يَتَأَذَّى البَعْضُ إلى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ (بِالحَدِيثِ الذِي رَوَيْنَاهُ) إشَارَةٌ إلى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الهِبَةِ فِيمَنْ خَصَّصَ بَعْضَ أَوْلادِهِ فِي العَطِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ المَوْتِ) ذَكَرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ: وَلوْ **أَوْصَى لإِخْوَتِه الثَّلاثَةِ المُتَفَرِّقِينَ وَلهُ ابْنٌ** جَازَتْ الوَصِيَّةُ لهُمْ بِالسَّوِيَّةِ أَثْلاثًا؛ لأَنَّهُمْ لا يَرِثُونَ مَعَ الابْنِ فَإِنَّ كَانَتْ لهُ بِنْتٌ مَكَانَ الابْنِ جَازَتْ الوَصِيَّةُ للأَخِ لأَبٍ وَللأَخِ لأُمٍّ، وَبَطَلتْ للأَخِ لأَبٍ وَأُمٍّ؛ لأَنَّهُ يَرِثُهُ مَعَ البِنْتِ، وَإِنْ لمْ يَكُنْ لهُ ابْنٌ وَلا بِنْتٌ كَانَتْ الوَصِيَّةُ كُلُّهَا للأَخِ لأَبٍ لا يَرِثُهُ، وَبَطَلتْ للأَخِ لأَبٍ وَأُمٍّ وَللأَخِ لأُمٍّ لأَنَّهُمَا يَرِثَانِه.

وَالهِبَةُ مِن المَرِيضِ للوَارِثِ فِي هَذَا نَظِيرُ الوَصِيَّةِ) لأَنَّهَا وَصِيَّةٌ حُكمًا حَتَّى تَنفُذَ

مِن الثُّلُثِ، وَإِقرَارُ المَرِيضِ للوَارِثِ على عَكسِهِ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الحَال فَيُعتَبَرُ ذَلك وَقتَ الإِقرَارِ. قَال (إلا أَن تُجِيزَهَا الوَرَثَةُ) وَيُروَى هَذَا الاستِثنَاءُ فِيمَا رَوَينَاه، وَلأَنَّ الامتِنَاعَ لحَقِّهِم فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِم؛ وَلو أَجَازَ بَعضٌ وَرَدَّ بَعضٌ تَجُوزُ عَلَى المُجِيزِ بِقَدرِ حِصَّتِهِ لوِلايَتِهِ عَليهِ وَبَطَل فِي حَقِّ الرَّادِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِقْرَارُ المَرِيضِ للوَارِث عَلى عَكْسِه) أَيْ: عَلى عَكْسِ الوَصِيَّة بتَأْوِيل الإِيصَاء أَوْ المَذْكُور: أَيْ يُعْتَبَرُ فِي الإِقْرَارِ للوَارِث وَقْتَ الإِقْرَارِ لا وَقْتَ المَوْت. ذُكِرَ فِي النِّهَايَةِ أَنَّ اعْتِبَارَ وَقْتِ الإِقْرَارِ دُونَ وَقْتِ المَوْتِ لَيْسَ عَلى إِطْلاقه، بَل ذَلكَ إِذَا كَانَ كَوْنُهُ وَارِثًا بِسَبَبٍ حَادِث. وَأَمَّا إِذَا كَانَ كَوْنُهُ وَارِثًا بِسَبَبٍ كَانَ وَقْتَ الإِقْرَارِ فَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا وَقْتَ المَوْت أَيْضًا.

ثُمَّ بَيَّنَ ذَلكَ فِي **مَرِيضٍ أَقَرَّ لابْنِه العَبْد فَأَعْتَقَ فَمَاتَ الأَبُ** حَيْثُ صَحَّ الإِقْرَارُ؛ لأَنَّ وِرَاثَتَهُ ثَبَتَتْ بِسَبَبِ حَادِث وَهُوَ الإِعْتَاقُ وَقَبْلَهُ كَانَ عَبْدًا وَكَسْبُ العَبْد لمَوْلاهُ فَهَذَا الإِقْرَارُ فِي المَعْنَى حَصَل للمَوْلى وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ فَلا يَبْطُلُ بِصَيْرُورَةِ الابْنِ وَارِثًا بِسَبَب حَادِث. وَلوْ أَقَرَّ لأَخِيه وَلهُ ابْنٌ ثُمَّ مَاتَ الابْنُ قَبْلهُ حَتَّى صَارَ الأَخُ وَارِثًا بَطَل إِقْرَارُهُ عِنْدَنَا؛ لأَنَّهُ لمَّا كَانَ وَارِثًا بِسَبَبٍ قَائِمٍ وَقْتَ الإِقْرَارِ تَبَيَّنَ أَنَّ إِقْرَارَهُ حَصَل لوَارِثِه وَذَلكَ بَاطِلٌ، هَذَا حَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ.

وَأَرَى أَنَّ إِطْلاقَ المُصَنِّفِ يُغْنِي عَنْ ذَلكَ التَّطْوِيل، وَذَلكَ؛ لأَنَّهُ قَال يُعْتَبَرُ فِي إِقْرَارِ المَرِيضِ لوَارِثِه كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ الإِقْرَارِ وَالعَبْدُ لَيْسَ بِوَارِث عِنْدَ الإِقْرَارِ؛ لكَوْنِه مَحْرُومًا فَلا يَكُونُ إِقْرَارًا للوَارِث وَكَلامُنَا فِيه وَالأَخُ لَيْس بِمَحْرُوم فَيَكُونُ وَارِثًا عِنْدَ الإِقْرَارِ وَإِنْ كَانَ مَحْجُوبًا، وَالإِقْرَارُ للوَارِث بَاطِلٌ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ تُجِيزَهَا الوَرَثَةُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِه وَلا تَجُوزُ لوَارِثِه وَيُرْوَى هَذَا الاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ مِنْ قَوْلِه ﷺ «**أَلا لا وَصِيَّةَ لوَارِث**».

وَقَوْلُهُ (؛ وَلأَنَّ الامْتِنَاعَ لحَقِّهِمْ) أَيْ لحَقِّهِمْ الذي هُوَ تَأَذِّيهِمْ بِإِيثَار البَعْضِ دُونَ البَعْضِ، وَبِالتَّفْسِيرِ عَلى هَذَا الوَجْه يَنْدَفِعُ مَا قِيل لوْ كَانَ الامْتِنَاعُ لحَقِّهِمْ لجَازَ فِيمَا دُونَ الثُّلُثَيْنِ أَجَازُوا أَوْ لمْ يُجِيزُوا؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ لهُمْ فِي الثُّلُث كَمَا فِي الوَصِيَّة للأَجْنَبِيِّ قَوْلُهُ

(وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ) ظَاهِرٌ.

قال (وَيَجُوزُ أَن يُوصِيَ المُسلمُ للكَافِرِ وَالكَافِرُ للمُسلمِ) فَالأولى لقَولهِ تَعَالى ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ **[الممتحنة: ٨]. وَالثَّاني لأَنَّهُم بِعَقدِ الذِّمَّةِ سَاوَوا المُسلمِينَ فِي المُعَامَلاتِ وَلهَذَا جَازَ التَّبَرُّعُ مِن الجَانِبَينِ فِي حَالَةِ الحيَاةِ فَكَذَا بَعدَ المَمَاتِ (وَفِي الجَامعِ الصَّغِيرِ الوَصِيَّةُ لأَهلِ الحَربِ بَاطِلَةٌ) لقَولهِ تَعَالى** ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ **[الممتحنة: ٩].**

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ المُسْلمُ للكَافِرِ) وَصِيَّةُ المُسْلمِ للكَافِرِ الذِّمِّيِّ وَعَكْسُهَا جَائِزَةٌ، فَأَمَّا الأَوَّلُ فَلقَوْلهِ تَعَالى ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ [الممتحنة: ٨]، نَفْيُ النَّهْيِ عَنْ البِرِّ إِليْهِمْ، وَالوَصِيَّةُ لهُمْ بِرٌّ إِليْهِمْ فَكَانَتْ غَيْرَ مَنْهِيَّةٍ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. وَأَمَّا **الوَصِيَّةُ لأَهْل الحَرْبِ** فَفِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ بَاطِلةٌ، وَقَالُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِنَّهُ ذَكَرَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ مَا يَدُلُّ عَلى جَوَازِ الوَصِيَّةِ لهُمْ.

وَوَجْهُ التَّوْفِيقِ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُفْعَل، وَإِنْ فُعِل ثَبَتَ المِلكُ لهُمْ؛ لأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ المِلكِ. وَأَمَّا **وَصِيَّةُ الحَرْبِيِّ بَعْدَمَا دَخَل دَارَنَا بِأَمَانٍ** فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ؛ لأَنَّ لهُ وِلايَةَ تَمْلِيكِ مَالهِ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، خَلا أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ وَصِيَّتِهِ بِالثُّلُثِ وَبِجَمِيعِ مَالهِ؛ لأَنَّ مَنْعَ المُسْلمِ عَمَّا زَادَ عَلى الثُّلُثِ لحَقِّ وَرَثَتِهِ المُسْلمِينَ؛ لأَنَّهُ مَعْصُومٌ عَنْ الإِبْطَال وَوَرَثَةُ الحَرْبِيِّ ليْسَتْ كَذَلكَ.

قال (وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعدَ المَوتِ فَإِن قَبِلهَا المُوصَى لهُ حَال الحيَاةِ أَو رَدَّهَا فَذَلكَ بَاطِلٌ) لأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكمِهِ بَعدَ المَوتِ لتَعَلُّقِهِ بِهِ فَلا يُعتَبَرُ قَبلهُ كَمَا لا يُعتَبَرُ قَبل العَقدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَالقَبُول ليْسَ بِشَرْطٍ لصِحَّةِ الوَصِيَّةِ، وَإِنَّمَا هُوَ شَرْطُ ثُبُوتِ المِلكِ للمُوصَى لهُ، وَالوَصِيَّةُ شَبَهٌ بِالمِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُمْلكُ بِالمَوْتِ، وَشَبَهٌ بِالهِبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُمْلكُ بِتَمْلِيكِ الغَيْرِ، فَاعْتَبَرْنَا

شَبَهَ الهِبَةِ فِي حَقِّ القَبُول مَا دَامَ مُمْكِنًا مِنْ المُوصَى لهُ فَقُلنَا: لا تُمْلَكُ قَبْلَ القَبُول، وَاعْتَبَرْنَا شَبَهَ المِيرَاث بَعْدَ القَبُول فَقُلنَا إِنَّهُ يَمْلكُهَا بَعْدَهُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ. وَإِنْ مَاتَ المُوصَى لهُ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ وَقَبُول فَقَدْ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ قِيَاسًا، وَيَلزَمُ ذَلكَ وَرَثَةَ المُوصَى لهُ رَدُّوا أَوْ قَبلُوا فِي الاسْتِحْسَانِ.

قَال (وَيُستَحَبُّ أَن يُوصِيَ الإِنسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ) سَوَاءٌ كَانَت الوَرَثَةُ أَغنِيَاءَ أَو فُقَرَاءَ، لأَنَّ فِي التَّنقِيصِ صِلةَ القَرِيبِ بِتَركِ مَا لهُ عَليهِم، بِخِلافِ استِكمَال الثُّلُث، لأَنَّهُ استِيفَاءُ تَمَامِ حَقِّهِ فَلا صِلةَ وَلا مِنَّةَ، ثُمَّ الوَصِيَّةُ بِأَقَل مِن الثُّلُثِ أَولى أَم تَركُهَا؟ قَالُوا: إِن كَانَت الوَرَثَةُ فُقَرَاءَ وَلا يَستَغنُونَ بِمَا يَرِثُونَ فَالتَّركُ أَولى لمَا فِيهِ مِن الصَّدَقَةِ عَلى القَرِيبِ. وَقَد قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَفضَلُ الصَّدَقَةِ عَلى ذِي الرَّحِمِ الكَاشِحِ»[1] وَلأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ حَقِّ الفُقَرَاءِ وَالقَرَابَةِ جَمِيعًا، وَإِن كَانُوا أَغنِيَاءَ أَو يَستَغنُونَ بِنَصِيبِهِم فَالوَصِيَّةُ أَولى لأَنَّهُ يَكُونُ صَدَقَةً عَلى الأَجنَبِيِّ، وَالتَّركُ هِبَةٌ مِن القَرِيبِ وَالأُولى أَولى لأَنَّهُ يَبتَغِي بِهَا وَجهَ اللهِ تَعَالى. وَقِيل فِي هَذَا الوَجهِ يُخَيَّرُ لاشتِمَال كُلٍّ مِنهُمَا عَلى فَضِيلةٍ وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصِّلةُ فَيُخَيَّرُ بَينَ الخَيرَينِ.

قَال (وَالمُوصَى بِهِ يُملكُ بِالقَبُول) خِلافًا لزُفَرَ، وَهُوَ أَحَدُ قَولي الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الوَصِيَّةُ أُختُ المِيرَاثِ، إِذ كُلٌّ مِنهُمَا خِلافَةٌ لمَا أَنَّهُ انتِقَالٌ، ثُمَّ الإِرثُ يَثبُتُ مِن غَيرِ قَبُولٍ فَكَذَلكَ الوَصِيَّةُ. وَلنَا أَنَّ الوَصِيَّةَ إِثبَاتُ مِلكٍ جَدِيدٍ، وَلهَذَا لا يَرُدُّ المُوصَى لهُ بِالعَيبِ، وَلا يُرَدُّ عَليهِ بِالعَيبِ، وَلا يَملكُ أَحَدٌ إِثبَاتَ المِلكِ لغَيرِهِ إِلا بِقَبُولهِ، أَمَّا الوِرَاثَةُ فَخِلافَةٌ حَتَّى يَثبُتَ فِيهَا هَذِهِ الأَحكَامُ فَيَثبُتُ جَبرًا مِن الشَّرعِ مِن غَيرِ قَبُولٍ.

قَال (إِلا فِي مَسأَلةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَن يَمُوتَ المُوصِي ثُمَّ يَمُوتَ المُوصَى لهُ قَبل القَبُول فَيَدخُلُ المُوصَى بِهِ فِي مِلكِ وَرَثَتِهِ) استِحسَانًا وَالقِيَاسُ أَن تَبطُل الوَصِيَّةُ لمَا بَيَّنَّا أَنَّ المِلكَ مَوقُوفٌ عَلى القَبُول فَصَارَ كَمَوتِ المُشتَرِي قَبل قَبُولهِ بَعدَ إِيجَابِ البَائِعِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الوَصِيَّةَ مِن جَانِبِ المُوصِي قَد تَمَّت بِمَوتِهِ تَمَامًا لا يَلحَقُهُ الفَسخُ مِن جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَت لحَقِّ المُوصَى لهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَل فِي مِلكِهِ كَمَا فِي البَيعِ المَشرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبل الإِجَازَةِ.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/٤١٦). وانظر نصب الراية (٥/٢٢٢).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ) وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّقْلِيل فِي الوَصِيَّة أَفْضَلُ، وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ فِي قَوْلِه «**إِنَّكَ إِنْ تَدَعْ عِيَالَكَ**» الحَدِيثَ، وَمَعْنَاهُ وَرَثَتُكَ أَقْرَبُ إِلَيْكَ مِنْ الأَجَانِبِ، فَتَرْكُ المَال لَهُمْ خَيْرٌ مِنْ الوَصِيَّة، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ قَالا: لأَنْ يُوصِيَ بِالخُمُسِ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ أَنْ يُوصِيَ بِالرُّبعِ، وَلأَنْ يُوصِيَ بِالرُّبعِ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنْ أَنْ يُوصِيَ بِالثُّلُث. وَالكَاشِحُ: العَدُوُّ الذي وَلِيَ كَشْحَهُ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الخَاصرَة إِلى الضِّلعِ، وَقِيل الكَاشِحُ: الذي أَضْمَرَ العَدَاوَةَ فِي كَشْحِه، وَإِنَّمَا جَعَل هَذَا التَّصَدُّقَ أَفْضَل؛ لأَنَّ فِي التَّصَدُّق عَلَيْه مُخَالفَةَ النَّفْسِ وَقَهْرَهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالمُوصَى بِه يُمْلكُ بِالقَبُول) وَاضِحٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنا الكَلامُ عَلَيْه قُبَيْل هَذَا. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لا يَرُدُّ المُوصَى لهُ بِالعَيْب) صُورَتُهُ أَنْ **يَشْتَرِيَ المَرِيضُ شَيْئًا وَيُوصِيَ بِه لرَجُلٍ ثُمَّ المُوصَى لهُ يَجِدُهُ مَعِيبًا** فَإِنَّهُ لا يَرُدُّهُ عَلى بَائعه (وَلا يُرَدُّ عَلَيْه بِالعَيْبِ) صُورَتُهُ أَنْ **يُوصِيَ بِجَمِيعِ مَاله لإِنْسَانٍ ثُمَّ بَاعَ شَيْئًا مِنْ التَّركَة وَوَجَدَ المُشْتَرِي به عَيْبًا** لا يَرُدُّهُ عَلى المُوصَى لهُ، وَلوْ كَانَ ثُبُوتُ المِلكِ للمُوصَى لهُ بِطَرِيقِ الخِلافَة لثَبَتَ وِلايَةُ الرَّدِّ فِي الصُّورَتَيْنِ جَمِيعًا كَمَا فِي الوَارِث. وَقَوْلُهُ (وَلا يَمْلكُ أَحَدٌ إِثْبَاتَ المِلكِ لغَيْرِه إلا بِقَبُوله)؛ لئَلا يَعُودَ عَلى مَوْضُوعِه بِالنَّقْضِ، وَذَلكَ؛ لأَنَّ تَنْفِيذَ الوَصِيَّة لمَنْفَعَة المُوصَى لهُ وَلوْ أَثْبَتْنَا المِلكَ لهُ قَبْل قَبُوله لرُبَّمَا تَضَرَّرَ؛ فَإِنَّهُ لوْ أَوْصَى لهُ بِعَبْدٍ أَعْمَى وَجَبَ عَلَيْه نَفَقَتُهُ بِلا مَنْفَعَةٍ تَعُودُ إِلَيْه، وَأَمْثَالُ ذَلكَ كَثِيرَةٌ. وَقَوْلُهُ (إلا فِي مَسْأَلةٍ وَاحِدَة) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله وَالمُوصَى بِه يُمْلكُ بِالقَبُول: يَعْنِي إلا فِي مَسْأَلةٍ وَاحِدَة، فَإِنَّهَا تُمْلكُ بِدُون القَبُول.

قَال (وَمَن أَوصَى وَعَلَيهِ دَينٌ يُحِيطُ بِمَالهِ لم تَجزْ الوَصِيَّةُ) لأنَّ الدَّينَ يُقَدَّمُ عَلَى الوَصِيَّةِ لأَنَّهُ أَهَمُّ الحَاجَتَينِ فَإنَّهُ فَرضٌ وَالوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَأَبَدًا يُبدأ بِالأَهَمِّ فَالأَهَمِّ. (إلا أَن يُبَرِّئَهُ الغُرَمَاءُ) لأنَّهُ لم يَبقَ الدَّينُ فَتَنفُذُ الوَصِيَّةُ عَلى الحَدِّ المَشرُوعِ لحَاجَتِهِ إليهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ؛ (لأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلى الوَصِيَّة) يَعْنِي فِي الحُكْمِ، فَإِنْ قِيل: هَذَا التَّقَدُّمُ مُخَالفٌ لنَظْمِ الكتَاب وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١] فَالجَوَابُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مُخْتَصَرِ الضَّوْءِ فِي الفَرَائضِ.

قَال (وَلا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي وُجُوهِ الخَيرِ لأَنَّ عُمَرَ ﷺ أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَو يَافَاعٍ وَهُوَ الذِي رَاهَقَ الحُلُمَ، وَلأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرفِهِ إِلى نَفسِهِ فِي نَيل الزُّلفَى، وَلو لم تَنفُذ يَبقَى عَلى غَيرِهِ. وَلنَا أَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالصَّبِيُّ لَيسَ مِن أَهلِهِ، وَلأَنَّ قَولَهُ غَيرُ مَلزُومٍ وَفِي تَصحِيحِ وَصِيَّتِهِ قَولٌ بِإِلزَامِ قَولِهِ وَالأَثَرُ مَحمُولٌ عَلى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهدِ بِالحُلُمِ مَجَازًا أَو كَانَت وَصِيَّتُهُ فِي تَجهِيزِهِ وَأَمرِ دَفنِهِ، وَذَلكَ جَائِزٌ عِندَنَا، وَهُوَ يُحرِزُ الثَّوَابَ بِالتَّركِ عَلى وَرَثَتِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ.

وَالمُعتَبَرُ فِي النَّفعِ وَالضَّرَرِ النَّظَرُ إِلى أَوضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ لا إِلى مَا يَتَّفِقُ بِحُكمِ الحَال اعتَبَرَهُ بِالطَّلاقِ فَإِنَّهُ لا يَملكُهُ وَلا وَصِيُّهُ وَإِن كَانَ يَتَّفِقُ نَافِعًا فِي بَعضِ الأَحوَال، وَكَذَا إِذَا أَوصَى ثُمَّ مَاتَ بَعدَ الإِدرَاكِ لعَدَمِ الأَهليَّةِ وَقتَ المُبَاشَرَةِ وَكَذَا إِذَا قَال إِذَا أَدرَكت فَثُلُثُ مَالي لفُلانٍ وَصِيَّةً لقُصُورِ أَهليَّتِهِ فَلا يَملكُهُ تَنجِيزًا وَتَعليقًا كَمَا فِي الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ، بِخِلافِ العَبدِ وَالمُكَاتَبِ لأَنَّ أَهليَّتَهُمَا مُستَتِمَّةٌ وَالمَانِعُ حَقُّ المَولى فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلى حَال سُقُوطِهِ.

الشرح:

قَال (وَلا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ لَمْ تَنْفُذْ تَبْقَى عَلى غَيْرِه) يَعْنِي إِذَا نَفَّذْنَا الوَصِيَّةَ كَانَ مَالُهُ بَاقِيًا عَلى نَفْسه فَإِنَّهُ يَحْصُلُ لهُ بِسَبَبِهَا نَيْلُ الزُّلفَى وَالدَّرَجَة العُليَا، وَلوْ لمْ تَنْفُذْ يَبْقَى مَالُهُ عَلى غَيْرِه فَكَانَ الوَصِيَّةُ أَوْلى. وَقَوْلُهُ (وَالأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهْد بِالحُلُمِ) يَعْنِي كَانَ بَالغًا لمْ يَمْضِ عَلى بُلُوغِه زَمَانٌ كَثِيرٌ، وَمِثْلُهُ يُسَمَّى يَافِعًا مَجَازًا تَسْمِيَةً للشَّيْءِ بِاسْمِ مَا كَانَ عَليْه، أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِه وَأَمْرِ دَفْنِه.

وَرُدَّ بِأَنَّهُ صَحَّ فِي رِوَايَة الحَدِيث أَنَّهُ كَانَ غُلامًا لمْ يَحْتَلمْ، وَأَنَّهُ أَوْصَى لابْنَة عَمٍّ لهُ بِمَال فَكَيْفَ يَصِحُّ التَّأْوِيلُ بِكَوْنِه يَافِعًا مَجَازًا أَوْ بِكَوْنِ الوَصِيَّة فِي التَّجْهِيز وَأَمْرِ الدَّفْنِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلهُ كَانَ غُلامًا لمْ يَحْتَلمْ مَعْنَى اليَافِعِ حَقِيقَةً فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الرَّاوِي نَقَلهُ بِمَعْنَاهُ.

وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ أَوْصَى لابْنَة عَمٍّ لهُ بِمَال) لا يُنَافِي أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَتَعَلقُ بِتَجْهِيزِه وَأَمْرِ دَفْنِه. قَال الطَّحَاوِيُّ: وَالاحْتِجَاجُ بِهَذَا الأَثَرِ لا يَصِحُّ مِنْ الشَّافِعِيِّ؛ لأَنَّهُ مُرْسَلٌ؛ لأَنَّهُ

رِوَايَةُ عُمَرَ وَابْنِ سُلَيْمٍ وَهُوَ لَمْ يَلْقَ عُمَرَ، وَعِنْدَنَا الْمُرْسَلُ وَإِنْ كَانَ حُجَّةً لكِنَّ هَذَا يُخَالِفُ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ**» وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالقَلَمِ التَّكْلِيفُ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ مِنْهُ. وَقَالَ ابْنُ حَزْمٍ: هُوَ مُخَالِفٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ [النساء: ٦]، فَإِنَّهَا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الصَّبِيَّ مَمْنُوعٌ عَنْ مَالِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ يُحْرِزُ الثَّوَابَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ؛ وَلِأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَى نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزُّلْفَى. وَقَوْلُهُ (كَمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ فَالتَّرْكُ أَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ الصَّدَقَةِ عَلَى القَرِيبِ إلخ، فَإِنَّهُ يُفِيدُ إِمَّا أَفْضَلِيَّةَ التَّرْكِ فِي الثَّوَابِ أَوْ تَسَاوِيهِمَا فِيهِ، وَقَوْلُهُ (وَالْمُعْتَبَرُ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ) تَنَزُّلٌ فِي الجَوَابِ كَأَنَّهُ يَقُولُ: سَلَّمْنَا أَنَّ بِالوَصِيَّةِ يَحْصُلُ الثَّوَابُ دُونَ تَرْكِهَا، لكِنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ هُوَ النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ دُونَ العَوَارِضِ اللاحِقَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الطَّلَاقَ لا يَصِحُّ مِنْهُ وَإِنْ أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ نَافِعًا بِأَنْ يُطَلِّقُ امْرَأَةً مُعْسِرَةً شَوْهَاءَ وَيَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا الْمُوسِرَةِ الحَسْنَاءِ لِكَوْنِ ذَلِكَ مِنْ العَوَارِضِ، وَالوَصِيَّةُ فِي الأَصْلِ تَبَرُّعٌ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ العَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ) يَعْنِي إِذَا **قَالَ العَبْدُ أَوْ الْمُكَاتَبُ إِذَا أُعْتِقْت فَثُلُثُ مَالِي وَصِيَّةٌ** يَصِحُّ (لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا مُسْتَتِمَّةٌ) أَيْ تَامَّةٌ وَالْمَانِعُ حَقُّ الْمَوْلَى فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى حَالِ سُقُوطِ الْمَانِعِ.

قَالَ (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً) لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ، وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَى مُكَاتَبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَبِ) يَعْنِي تَنْجِيزَهُ؛ لِأَنَّ الإِضَافَةَ إِلَى العِتْقِ صَحِيحَةٌ كَمَا مَرَّ آنِفًا. وَقَوْلُهُ (وَالخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) يَعْنِي فِي بَابِ الحِنْثِ فِي مِلْكِ الْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ مِنْ أَيْمَانِ الجَامِعِ الكَبِيرِ، وَمَا عُرِفَ ثَمَّةَ هُوَ أَنَّ **الْمُكَاتَبَ إِذَا قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ فَعَتَقَ فَمَلَكَ** لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعَتَقَ عِنْدَهُمَا، لَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ المِلْكِ يَنْصَرِفُ إِلَى مِلْكٍ كَامِلٍ قَابِلٍ لِلإِعْتَاقِ وَهُوَ مَا بَعْدَ الحُرِّيَّةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ نَوْعَيْنِ مِنْ المِلْكِ: أَحَدُهُمَا ظَاهِرٌ وَهُوَ مَا قَبْلَ

الإِعْتَاقِ، وَالثَّانِيَ: غَيْرُ ظَاهِرٍ وَهُوَ مَا بَعْدَ الإِعْتَاقِ فَيَنْصَرِفُ اليَمِينُ إلى الظَّاهِرِ دُونَ غَيْرِ الظَّاهِرِ.

قَال (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ للحَمل وَبالحَمل إذَا وُضِعَ لأقَل مِن سِتَّةِ أشهُرٍ مِن وَقتِ الوَصِيَّةِ) أمَّا الأوَّلُ فَلأنَّ الوَصِيَّةَ استِخلافٌ مِن وَجهٍ لأنَّهُ يَجعلُهُ خَليفَةً فِي بَعضِ مَالهِ وَالجَنِينُ صَلحَ خَليفَةً فِي الإرثِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ إذ هِيَ أُختُهُ، إلا أن يَرتَدَّ بالرَّدِّ لمَا فِيهِ مِن مَعنَى التَّمليكِ، بِخِلافِ الهِبَةِ، لأنَّهَا تَمليكٌ مَحضٌ وَلا وِلايَةَ لأحَدٍ عَليهِ ليُمَلِّكَهُ شَيئًا. وَأمَّا الثَّانِي فَلأنَّهُ بِعَرضِ الوُجُودِ، إذ الكَلامُ فِيمَا إذَا عُلمَ وُجُودُهُ وَقتَ الوَصِيَّةِ، وَبَابُهَا أوسَعُ لحَاجَةِ المَيِّتِ وَعَجزِهِ، وَلهَذَا تَصِحُّ فِي غَيرِ المَوجُودِ كَالثَّمَرَةِ فَلأن تَصِحَّ فِي المَوجُودِ أولى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ للحَمْل) مِثْلُ أَنْ **يَقُول أَوْصَيْت بِثُلُثِ مَالِي لمَا فِي بَطْنِ فُلانَةَ** (وَبالحَمْل) كَمَا إذَا **أَوْصَى بِمَا فِي بَطْنِ جَارِيَته وَلَمْ يَكُنْ مِنْ المَوْلى** إذَا عَلمَ أَنَّهُ ثَابتٌ مَوْجُودٌ فِي البَطْنِ وَقْتَ الوَصِيَّة لهُ أَوْ به، وَمَعْرِفَةُ ذَلكَ بِأَنْ جَاءَتْ به لأَقَل مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الوَصِيَّة عَلى مَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ وَاخْتَارَهُ المُصَنِّفُ وَصَحَّحَهُ الإِسْبِيجَابِيُّ فِي شَرْحِ الكَافِي، وَمِنْ وَقْتِ مَوْتِ المُوصِي عَلى مَا ذَهَبَ إليْهِ الفَقِيهُ أَبُو اللَيْثِ وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ النِّهَايَة.

(أَمَّا الأَوَّلُ) وَهُوَ الوَصِيَّةُ للحَمْل (فَلأَنَّهَا اسْتِخْلافٌ مِنْ وَجْه؛ لأَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَليفَةً فِي بَعْضِ مَاله) بَعْدَ مَوْته لا أَنَّهُ يَمْلكُهُ فِي الحَال وَالاسْتِخْلافُ يَصْلُحُ لهُ الجَنِينُ إرْثًا فَكَذَا وَصِيَّةً؛ لأَنَّهُمَا أُخْتَان. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَتَا أُخْتَيْنِ لمَا جَازَ رَدُّهَا كَمَا لمْ يَجُزْ رَدُّهُ أَجَابَ بِقَوْله (إلا أَنَّهُ) أَيْ فِعْل الوَصِيَّةِ أَوْ الإِيصَاءِ (يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ لمَا فِيهِ مِنْ التَّمْليكِ) دُونَ المِيرَاث لعَدَمِ ذَلكَ فِيه.

وَقَوْلُهُ (بِخلاف الهِبَة) مُتَّصِلٌ بقَوْله وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ للحَمْل: يَعْنِي أَنَّ الهِبَةَ للحَمْل لا تَصِحُّ (؛ لأَنَّهَا تَمْليكٌ مَحْضٌ) وَالجَنِينُ ليْسَ بِصَالحٍ لذَلكَ؛ لأَنَّ الملكَ بالهِبَة إنَّمَا يَثْبُتُ بالقَبْضِ (وَلا قُدْرَةَ لأَحَد عَليْه ليُمَلِّكَهُ شَيْئًا) يَحْصُلُ الملكُ فيه بالقَبْضِ. وَأَمَّا الثَّانِي) وَهُوَ الوَصِيَّةُ بِهِ (فَلأَنَّهُ) أَيْ الحَمْل (بِعَرْضِيَّة الوُجُود)، إذْ الكَلامُ فِيمَا إذَا عُلمَ وُجُودُهُ

وَقْتَ الوَصِيَّة، فَإِنَّ وَضْعَ المَسْأَلة فِيمَا إِذَا وَضَعَتْ لأَقَل مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الوَصِيَّةِ أَوْ المَوْتِ وَبِذَلكَ يُعْلَمُ وُجُودُ وَقْتِ الوَصِيَّة لا مَحَالَةَ.

وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: فِي كَلامِ المُصَنِّف تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ؛ لأَنَّهُ لا يُعْلَمُ وُجُودُ شَيْءٍ إلا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا؛ وَإِذَا كَانَ مَوْجُودًا لا يَكُونُ بِعَرَضِ الوُجُود. وَالجَوَابُ أَنَّ مَعْنَى قَوْله بِعَرْضِ الوُجُودِ بِعَرْضِ وُجُود يَصْلُحُ لوُرُودِ القَبْضِ عَلَيْه، وَمَعْنَى قَوْله إِذَا عُلمَ وُجُودُهُ تَحَقُّقُهُ وَكَوْنُهُ فِي بَطْنِ الأُمِّ فَانْدَفَعَ التَّنَاقُضُ.

وَقَوْلُهُ (وَبَابُهَا أَوْسَعُ لحَاجَةِ إلخ) وَإِنْ اخْتَلجَ فِي ذِهْنك تَنَاقُضٌ آخَرُ بَيْنَ سَعْيه لإِثْبَاتِ الوُجُودِ لجَوَازِ الوَصِيَّة وَتَوْضِيحِهِ للجَوَازِ بِصِحَّتِهَا فِي غَيْرِ المَوْجُود، فَالجَوَابُ سَتَسْمَعُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى.

قَال (وَمَن أَوصَى بِجَارِيَةٍ إلا حَملهَا صَحَّت الوَصِيَّةُ وَالاستِثنَاءُ) لأَنَّ اسمَ الجَارِيَةِ لا يَتَنَاوَلُ الحَمل لفظًا وَلكِنَّهُ يَستَحِقُّ بِالإِطلاقِ تَبَعًا، فَإِذَا أَفرَدَ الأُمَّ بِالوَصِيَّةِ صَحَّ إِفرَادُهَا، وَلأَنَّهُ يَصِحُّ إِفرَادُ الحَمل بِالوَصِيَّةِ فَجَازَ استِثنَاؤُهُ، وَهَذَا هُوَ الأَصلُ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفرَادُهُ بِالعَقدِ يَصِحُّ استِثنَاؤُهُ مِنهُ، إذ لا فَرقَ بَينَهُمَا، وَمَا لا يَصِحُّ إِفرَادُهُ بِالعَقدِ لا يَصِحُّ استِثنَاؤُهُ مِنهُ، وَقَد مَرَّ فِي البُيُوعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَة) يَعْنِي مَنْ قَال أَوْصَيْتُ بِهَذِه الجَارِيَة لفُلانٍ إلا حَمْلهَا صَحَّتْ الوَصِيَّةُ وَالاسْتِثْنَاءُ جَمِيعًا (؛ لأَنَّ اسْمَ الجَارِيَة لا يَتَنَاوَلُ الحَمْل لفْظًا)؛ لأَنَّهُ ليْسَ بِمَوْضُوعٍ لهُ وَلا هُوَ دَاخِلٌ فِي المَوْضُوعِ، وَمَا لا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الجَارِيَة صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْ الجَارِيَة كَقَمِيصِهَا وَسَرَاوِيلهَا مِمَّا يَتَلبَّسُ بِهَا، وَفِيه إِشَارَةٌ إلى مَا يُقَالُ الحَمْلُ جُزْءٌ مِنْ الأُمِّ قَبْل الانْفِصَال كَاليَد وَالرِّجْل، وَلوْ اسْتَثْنَى اليَدَ أَوْ الرِّجْل لمْ يَجُزْ فَكَذَلكَ الحَمْلُ، وَذَلكَ؛ لأَنَّ اسْمَ الجَارِيَة يَتَنَاوَلُهُمَا.

فَإِنْ قِيل: كَيْفَ صَحَّ الاسْتِثْنَاءُ وَهُوَ تَصَرُّفٌ لفْظِيٌّ لا يَرِدُ عَلى مَا لا يَتَنَاوَلُهُ اللفْظُ؛ فَالجَوَابُ أَنَّ صِحَّتَهُ بِاعْتِبَارِ تَقْرِيرِ مِلك المُوصَى فِيه كَمَا كَانَ قَبْل الوَصِيَّة، كَمَا لوْ قَال **أَوْصَيْتُ لفُلانٍ بِأَلف دِرْهَمٍ إلا فَرَسًا**؛ فَإِنَّ الوَصِيَّةَ فِي الأَلف صَحِيحَةٌ وَالاسْتِثْنَاءُ أَيْضًا صَحِيحٌ فِي تَقْرِيرِ مِلكِهِ فِي الفَرَسِ لا بِاعْتِبَارِ خُرُوجِه عَنْ المُسْتَثْنَى مِنْهُ

فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ دَاخِلا. فَإِنْ قِيل: لا نُسَلِّمُ أَنَّ اسْمَ الجَارِيَةِ لا يَتَنَاوَلُ الحَمْل فَإِنَّهُ لوْ لَمْ يَسْتَثْنِ اسْتَحَقَّهُ المُوصَى لهُ، وَلوْ لَمْ يَتَنَاوَلهُ لَمَا اسْتَحَقَّهُ كَغَيْرِهِ مِنْ أَحْوَاله. أَجَابَ بِقَوْله وَلكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بالإِطْلاقِ تَبَعًا: يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلهُ بِالعُمُومِ بَل يَسْتَحِقُّ إِذَا أَطْلَقَ المُوصِي عَنْ قَيْدِ الإِفْرَادِ فَإِذَا أَفْرَدَ الأُمَّ لَمْ يَبْقَ مُطْلقًا بَل تَقَيَّدَتْ الأُمُّ بِالإِفْرَادِ فَصَحَّتْ الوَصِيَّةُ بِهَا مُفْرَدَةً. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ يَصِحُّ) قَدْ ذَكَرَهُ فِي البُيُوعِ.

قَال (وَيَجُوزُ للمُوصِي **الرُّجُوعُ عَنْ الوَصِيَّةِ**) لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ فَجَازَ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالهِبَةِ وَقَدْ حَقَقْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، وَلأَنَّ القَبُول يَتَوَقَّفُ عَلى المَوْتِ وَالإِيجَابُ يَصِحُّ إِبْطَالُهُ قَبْل القَبُول كَمَا فِي البَيْعِ.

قَال (وَإِذَا **صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ أَوْ فَعَل مَا يَدُلُّ عَلى الرُّجُوعِ** كَانَ رُجُوعًا) أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الدَّلالةُ لأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَل الصَّرِيحِ فَقَامَ مَقَامَ قَوْله قَدْ أَبْطلتْ، وَصَارَ كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الخِيَارُ فيه بالدَّلالة، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لوْ فَعَلهُ الإِنْسَانُ فِي مِلكِ الغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ المَالكِ، فَإِذَا فَعَلهُ المُوصِي كَانَ رُجُوعًا، وَقَدْ عَدَدْنَا هَذِهِ الأَفَاعِيل فِي كِتَابِ الغَصْبِ.

وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المُوصَى بِهِ وَلا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ العَيْنِ إِلا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إِذَا فَعَلهُ، مِثْلُ السَّوِيقِ يَلُتُّهُ بِالسَّمْنِ وَالدَّارِ يَبْنِي فِيهِ المُوصِي وَالقُطْنِ يَحْشُو بِهِ وَالبِطَانَةِ يُبَطِّنُ بِهَا وَالظِّهَارَةِ يُظَهِّرُ بِهَا، لأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ تَسْليمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ، وَلا يُمْكِنُ نَقْضُهَا لأَنَّهُ حَصَل فِي مِلكِ المُوصِي مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلافِ تَخْصِيصِ الدَّارِ المُوصَى بِهَا وَهَدْمِ بِنَائِهَا لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي التَّابِعِ، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زَوَال مِلكِ المُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ العَيْنَ المُوصَى بِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ وَهَبَهُ ثَمَّ رَجَعَ فِيهِ لأَنَّ الوَصِيَّةَ لا تَنْفُذُ إِلا فِي مِلكِهِ، فَإِذَا أَزَالهُ كَانَ رُجُوعًا.

وَذَبحُ الشَّاةِ المُوصَى بِهَا رُجُوعٌ لأَنَّهُ للصَّرفِ إِلى حَاجَتِهِ عَادَةً، فَصَارَ هَذَا المَعنَى أَصلا أَيضًا، وَغَسلُ الثَّوبِ المُوصَى بِهِ لا يَكُونُ رُجُوعًا لأَنَّ مَن أَرَادَ أَن يُعطِيَ ثَوبَهُ غَيرَهُ يَغسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقرِيرًا.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ للمُوصِي الرُّجُوعُ عَنْ الوَصِيَّةِ) الرُّجُوعُ عَنْ الوَصِيَّةِ جَائِزٌ لوَجْهَيْنِ:

أَحَدهِمَا: أَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتمَّ؛ لأَنَّ تَمَامَهَا بِمَوْتِ المُوصِي وَالتَّبَرُّعُ التَّامُّ كَالهِبَةِ جَازَ الرُّجُوعُ فِيهِ فَفِيمَا لَمْ يَتمَّ أَوْلى. وَالثَّانِي: أَنَّ القَبُول يَتَوَقَّفُ عَلى المَوْت، وَالإِيجَابُ المُفْرَدُ يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فِي المُعَاوَضَاتِ كَمَا فِي البَيْعِ فَفِي التَّبَرُّعِ أَوْلى، ثُمَّ الرُّجُوعُ قَدْ يَكُونُ صَرِيحًا وَهُوَ أَنْ يَقُول رَجَعْتُ عَمَّا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلان، وَقَدْ يَكُونُ دَلالَةً وَلَهُ أَنْوَاعٌ ذَكَرَ المُصَنِّفُ لهَا فِي الكِتَابِ ضَوَابِطَ هِيَ جَامِعَةٌ وَاضِحَةٌ.

قَال (وَإِن جَحَدَ الوَصِيَّةَ لم يَكُن رُجُوعًا) كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رُجُوعًا، لأَنَّ الرُّجُوعَ نَفيٌ فِي الحَال وَالجُحُودَ نَفيٌ فِي المَاضِي وَالحَال، فَأَولى أَن يَكُونَ رُجُوعًا، وَلمُحَمَّدٍ أَنَّ الجُحُودَ نَفيٌ فِي المَاضِي وَالانتِفَاءُ فِي الحَال ضَرُورَةُ ذَلك، وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الحَال كَانَ الجُحُودُ لغوًا، أَو لأَنَّ الرُّجُوعَ إِثبَاتٌ فِي المَاضِي وَنَفيٌ فِي الحَال وَالجُحُودَ نَفيٌ فِي المَاضِي وَالحَال فَلا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلِهَذَا لا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرقَةً.

(وَلو قَال كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوصَيت بِهَا لفُلانٍ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا لا يَكُونُ رُجُوعًا) لأَنَّ الوَصفَ يَستَدعِي بَقَاءَ الأَصل (بِخِلافِ مَا إِذَا قَال فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لأَنَّهُ الذَّاهِبُ المُتَلاشِي (وَلو قَال أَخَّرتهَا لا يَكُونُ رُجُوعًا) لأَنَّ التَّأخِيرَ ليسَ للسُّقُوطِ كَتَأخِيرِ الدَّينِ (بِخِلافِ مَا إِذَا قَال تَرَكت) لأَنَّهُ إِسقَاطٌ (وَلو قَال العَبدُ الذِي أَوصَيت بِهِ لفُلانٍ فَهُوَ لفُلانٍ كَانَ رُجُوعًا) لأَنَّ اللفظَ يَدُلُّ عَلى قَطعِ الشَّرِكَةِ (بِخِلافِ مَا إِذَا أَوصَى بِهِ لرَجُلٍ ثُمَّ أَوصَى بِهِ لآخَرَ) لأَنَّ المَحِل يَحتَمِلُ الشَّرِكَةَ وَاللفظَ صَالحٌ لهَا (وَكَذَا إِذَا قَال فَهُوَ لفُلانٍ وَارِثِي يَكُونُ رُجُوعًا عَن الأَوَّل) لمَا بَيَّنَّا وَيَكُونُ وَصِيَّةً للوَارِث.

وَقَد ذَكَرنَا حُكمَهُ (وَلو كَانَ فُلانٌ الآخَرُ مَيِّتًا حِينَ أَوصَى فَالوَصِيَّةُ الأُولى عَلى حَالهَا) لأَنَّ الوَصِيَّةَ الأُولى إِنَّمَا تَبطُلُ ضَرُورَةَ كَونِهَا للثَّانِي وَلم يَتَحَقَّق فَبَقِيَ للأَوَّل (وَلو كَانَ فُلانٌ حِينَ قَال ذَلكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبل مَوتِ المُوصِي فَهِيَ للوَرَثَةِ) لبُطلانِ الوَصِيَّتَينِ الأُولى بِالرُّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالمَوت.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ) اعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الجَامِعِ أَنَّ جُحُودَ الوَصِيَّةِ لَيْسَ بِرُجُوعٍ، وَذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ أَنَّهُ رُجُوعٌ، فَمِنْ

مَشَايِخنَا مَنْ حَمَلَ المَذْكُورَ فِي الجَامعِ عَلى الجُحُودِ فِي غَيْبَةِ المُوصَى لهُ، وَهُوَ لَيْسَ بِرُجُوعٍ فِي الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا؛ لأَنَّ الجُحُودَ إِنَّمَا يُلتفَتُ إِليْهِ إِذَا صَحَّ الإِنْكَارُ، وَالإِنْكَارُ عَلى الغَائِبِ لا يَصِحُّ؛ لأَنَّهُ مِنْ بَابِ المُعَارَضَةِ المُقْتَضِيَةِ مُعَارِضًا، وَالمَذْكُورُ فِي المَبْسُوطِ مَحْمُولٌ عَلى الجُحُودِ بِحَضْرَةِ المُوصَى لهُ وَهُوَ رُجُوعٌ فِي الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا لصِحَّةِ الإِنْكَارِ حِينَئِذٍ.

وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ المَذْكُورَ فِي الجَامعِ عَلى صُورَةِ الجُحُودِ لا عَلى الجُحُودِ الحَقِيقِيِّ فَإِنَّهُ قَال فِيه: إِذَا **أَوْصَى الرَّجُلُ لرَجُلٍ بِثُلُثِ مَاله ثُمَّ قَال لقَوْمٍ اشْهَدُوا أَنِّي لمْ أُوصِ لفُلانٍ لا بِقَلِيلٍ وَلا بِكَثِيرٍ** لا يَكُونُ هَذَا رُجُوعًا؛ لأَنَّ قَوْلهُ اشْهَدُوا أَنِّي لمْ أُوصِ لفُلانٍ طَلبُ شَهَادَةِ الزُّورِ مِنْهُمْ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ قَدْ أَوْصَيْتُ لفُلانٍ بِكَذَا، إلا أَنِّي سَأَلتُكُمْ أَنْ تَشْهَدُوا لِي بِالبَاطِلِ، وَطَلبُ شَهَادَةٍ بِالبَاطِلِ لا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِجُحُودٍ حَقِيقَةً.

وَمَا ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوطِ عَلى الجُحُودِ الحَقِيقِيِّ وَهُوَ رُجُوعٌ عَلى الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا. وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: المَذْكُورُ فِي الجَامعِ جَوَابُ القِيَاسِ، وَالمَذْكُورُ فِي المَبْسُوطِ جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: فِي المَسْأَلة رِوَايَتَان، قَال شَيْخُ الإِسْلامِ: وَهُوَ الأَصَحُّ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: المَذْكُورُ فِي الجَامعِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالمَذْكُورُ فِي المَبْسُوطِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ قَال شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ: هُوَ الأَصَحُّ؛ لأَنَّ المُعَلى قَال فِي نَوَادِرِه: قَال: سَأَلتُ أَبَا يُوسُفَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى لرَجُلٍ بِوَصِيَّةٍ ثُمَّ جَحَدَ، قَال: يَكُونُ رُجُوعًا.

وَسَأَلتُ مُحَمَّدًا قَال: لا يَكُونُ الجُحُودُ رُجُوعًا، وَهُوَ مُخْتَارُ المُصَنِّفِ وَاسْتَدَل لأَبِي يُوسُفَ بِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الحَال وَالجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَال، وَإِذَا كَانَ نَفْيُ الحَال وَحْدَهُ رُجُوعًا فَنَفْيُ المَاضِي وَالحَال أَوْلى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا (وَلمُحَمَّدٍ أَنَّ الجُحُودَ) وَهُوَ أَنْ يَقُول لمْ أُوصِ لفُلانٍ أَوْ مَا أَوْصَيْت لهُ (نَفْيٌ فِي المَاضِي) لكَوْنِه مَوْضُوعًا لذَلكَ، وَالانْتِفَاءُ فِي الحَال ضَرُورَةُ ذَلكَ لاسْتِمْرَارِ ذَلكَ إِنْ ثَبَتَ مَا لمْ يُغَيَّرْ، وَإِذَا كَانَ الكَذِبُ ثَابِتًا فِي الحَال لكَوْنِه كَاذِبًا فِي جُحُودِه إِذْ الفَرْضُ أَنَّهُ أَوْصَى ثُمَّ جَحَدَ كَانَ النَّفْيُ فِي المَاضِي بَاطلا فَيَبْطُلُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَتِه وَهُوَ الانْتِفَاءُ فِي الحَال فَكَانَ الجُحُودُ لغْوًا. وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ جُعِل اسْمُ كَانَ فِي قَوْلِه وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الحَال الوَصِيَّةَ وَفِي بَعْضِهَا الحَقَّ وَكِلاهُمَا مُصَادَرَةٌ عَنْ المَطْلُوبِ فَتَأَمَّل.

وَقَوْلُهُ (أَوْ؛ لأَنَّ الرُّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي المَاضِي وَنَفْيٌ فِي الحَالِ، وَالجُحُودُ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَالِ) دَلِيلٌ آخَرُ تَحْقِيقُهُ أَنَّ أَحَدَهُمَا مُرَكَّبٌ مِنْ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ وَالآخَرُ مُجَرَّدُ النَّفْيِ، فَلا يَكُونُ الجُحُودُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلا العَكْسُ أَيْضًا. وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدهمَا: أَنَّهُ قَالَ فِي الدَّلِيلِ الأَوَّلِ: إِنَّ الجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالانْتِفَاءُ فِي الحَالِ ضَرُورَةُ ذَلِكَ، وَهَاهُنَا قَالَ: وَالجُحُودُ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَالُ بَيْنَهُمَا تَنَافٍ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ لا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ كَوْنِ الجُحُودِ رُجُوعًا حَقِيقَةً عَدَمُ جَوَازِ اسْتِعْمَالِهِ فِيهِ مَجَازًا صَوْنًا لِكَلامِ العَاقِلِ عَنْ الإِلْغَاءِ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ قَوْلَهُ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَالُ مَعْنَاهُ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَضْعًا وَحَقِيقَةً، وَفِي الحَالِ ضَرُورَةً لا وَضْعًا وَهُوَ الأَوَّلُ فَلا تَنَافِيَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الرُّجُوعَ وَالجُحُودَ بِالنَّظَرِ إِلَى المَاضِي مُتَضَادَّانِ، وَالتَّضَادُّ لَيْسَ مِنْ مُجَوِّزَاتِ المَجَازِ فِي الأَلْفَاظِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي الأَنْوَارِ وَالتَّقْرِيرِ، وَلِهَذَا لا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً: يَعْنِي مُسْتَعَارًا لِلطَّلاقِ؛ لأَنَّ الجُحُودَ يَقْتَضِي عَدَمَ النِّكَاحِ فِي المَاضِي وَالطَّلاقُ يَقْتَضِي وُجُودَهُ فَكَانَا مُتَقَابِلَيْنِ فَلا يَجُوزُ اسْتِعَارَةُ أَحَدهمَا لِلآخَرِ.

وَقَوْله (وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا) وَاضِحٌ، وَقَوْلُهُ (؛ لأَنَّ اللفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ) قِيلَ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ بَيْنَهُمَا حَرْفَ الاشْتِرَاكِ، وَإِنَّمَا جَعَلَ تِلْكَ الوَصِيَّةَ بِعَيْنِهَا لِغَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى هَذَا التَّعْلِيلِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ) يُرِيدُ بِهِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ التَّوَقُّفِ عَلَى إِجَازَةِ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ فَإِنْ أَجَازُوا جَازَ وَإِلا فَلا.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ

قَالَ (وَمَن أَوصَى لرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِه وَلآخَرَ بِثُلُثِ مَالِه وَلَم تُجِز الوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَينَهُمَا) لأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَن حَقِّهِمَا إِذ لا يُزَادُ عَلَيهِ عِندَ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَد تَسَاوَيَا فِي سَبَبِ الاستِحقَاقِ فَيَستَوِيَانِ فِي الاستِحقَاقِ، وَالمَحِلُّ يَقبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَينَهُمَا (وَإِن أَوصَى لأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَللآخَرِ بِالسُّدُسِ فَالثُّلُثُ بَينَهُمَا أَثلاثًا) لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهَا يُدلي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَن حَقَّيهِمَا فَيَقتَسِمَانِهِ عَلَى قَدرِ حَقَّيهِمَا كَمَا فِي أَصحَابِ الدُّيُونِ فَيُجعَلُ الأَقَلُّ سَهمًا وَالأَكثَرُ سَهمَينِ فَصَارَ ثَلاثَةَ أَسهُمٍ: سَهمٌ لصَاحِبِ الأَقَلِّ وَسَهمَانِ لصَاحِبِ الأَكثَرِ.

(وَإن أوصَى لأحَدِهِمَا بجَمِيعِ مَالِهِ وَللآخَرِ بثُلُثِ مَالِهِ ولم تُجز الوَرثَة، فالثُّلُثُ بينَهُمَا على أربَعَة أسهُم عِندَهُمَا. وقال أبُو حَنِيفَة: الثُّلُثُ بينَهُمَا نِصفَانِ، ولا يَضرِبُ أبُو حَنِيفَة للمُوصَى لهُ بمَا زَادَ على الثُّلُثِ إلا في المُحَابَاةِ وَالسِّعَايَةِ وَالدَّرَاهِمِ المُرسَلَة) لهُمَا في الخِلافِيَّةِ أنَّ المُوصِي قصَدَ شيئَينِ الاستِحقَاقَ وَالتَّفضِيل، وَامتَنَعَ الاستِحقَاقُ لحَقِّ الوَرثَة ولا مَانِعَ مِن التَّفضِيل فيَثبُتُ كمَا في المُحَابَاةِ وَأُختَيهَا.

وَلهُ أنَّ الوَصِيَّة وقعَت بغَيرِ المَشرُوعِ عِندَ عَدَمِ الإجَازَةِ مِن الوَرثَة، إذ لا نَفَاذَ لهَا بحَالٍ فيَبطُلُ أصلا، وَالتَّفضِيلُ يَثبُتُ في ضِمنِ الاستِحقَاقِ فبَطَل ببُطلانِهِ كالمُحَابَاةِ الثَّابِتَة في ضِمنِ البَيعِ، بخِلافِ مَوَاضِعِ الإجمَاعِ لأنَّ لهَا نَفَاذًا في الجُملَة بدُونِ إجَازَةِ الوَرثَة بأن كانَ في المَال سَعَة فتُعتَبَرُ في التَّفَاضُل لكَونِهِ مَشرُوعًا في الجُملَة، بخِلافِ مَا نَحنُ فِيهِ.

الشرح:

(**بَابُ الوَصِيَّة بثُلُث المَال**): لَمَّا كَانَ أَقْصَى مَا يَدُورُ عَلَيْه مَسَائِلُ الوَصَايَا عِنْدَ عَدَمِ إجَازَة الوَرَثَة ثُلُثَ المَال ذَكَرَ تلكَ المَسَائِل التي تَتَعلَقُ به في هَذَا البَاب بَعْدَ ذكْرِ مُقدِّمَات هَذَا الكتَاب قَال (وَمَنْ أَوْصَى لرَجُلٍ بثُلُث مَاله إلخْ) وَمَنْ **أَوْصَى لرَجُلٍ بثُلُث مَاله ثُمَّ أَوْصَى لآخَرَ أَيْضًا بذَلكَ** فالوَرَثَةُ إمَّا أَنْ يُجيزُوهُمَا أَوْ لا، فَإنْ أَجَازُوا فَلهُمَا الثُّلُثَان وَلَهُمْ الثُّلُثُ، وَإنْ لَمْ يُجيزُوا فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نصْفَان، إذْ لا يُزَادُ عَلى الثُّلُث حينَئذٍ، وَليْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلى به منْ الآخَر فَتَسَاوَيَا في سَبَب الاسْتحْقَاق، وَالتَّسَاوي فيه يُوجبُ التَّسَاويَ في الاسْتحْقَاق، فَإنْ كَانَ المَحَلُّ يَقْبَلُ الشَّركَةَ جُعل بَيْنَهُمَا، وَإنْ لَمْ يَكُنْ كَرَجُليْن أَقَامَا البَيِّنَةَ عَلى نكَاح امْرَأَة تَبْطُلُ البَيِّنَتَان جَميعًا.

وَقَوْلُهُ (وَإنْ أَوْصَى لأَحَدهمَا بالثُّلُث وَللآخَر بالسُّدُس) وَاضحٌ، وَقَوْلُهُ (وَلا يَضْربُ أَبُو حَنيفَةَ) أَيْ لا يَجْعَلُ مَنْ ضَرَبَ في مَاله سَهْمًا: أَيْ جَعَل مَفْعُول لا يَضْربُ مَحْذُوفًا: أَيْ لا يَضْربُ شَيْئًا وَصُورَةُ المُحَابَاة **عَبْدَان لرَجُلٍ قيمَةُ أَحَدهمَا أَلفٌ وَمائَةٌ وَقيمَةُ الآخَر ستُّمائَة وَأَوْصَى بأَنْ يُبَاعَ أَحَدُهُمَا لفُلان بمائَة وَالآخَرُ لفُلان بمائَة** فَإنَّهُ حَصَلتْ المُحَابَاةُ لأَحَدهمَا بأَلف وَللآخَر بخَمْسمائَة وَالكُلُّ وَصيَّةٌ؛ لأَنَّهُ في حَال المَرَض.

فَإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ غَيْرُهُمَا وَلَمْ تُجزْ الوَرَثَةُ جَازَتْ المُحَابَاةُ بقَدْر الثُّلُث فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا

أَثْلاثًا يُضْرَبُ الْمُوصَى لهُ بالألف بحَسَب وَصيَّته وَهِيَ الألفُ وَالْمُوصَى لهُ الآخَرُ بحَسَب وَصيَّته وَهِيَ خَمْسُمائة، فَلوْ كَانَ هَذَا كَسَائِرِ الوَصَايَا عَلى قَوْل أَبي حَنيفَة وَجَبَ أَنْ لا يَضْرِبَ الْمُوصَى لهُ بالألف في أَكْثَرَ منْ خَمْسمائة. وَصُورَةُ السِّعَايَة أَنْ **يُوصِيَ بعتْق عَبْدَيْنِ قيمَةُ أَحدهمَا أَلفٌ وَقيمَةُ الآخَرِ أَلفَان وَلا مَال لهُ غَيْرُهُمَا** إنْ أَجَازَتْ الوَرَثَةُ عَتَقَا جَميعًا، وَإنْ لمْ يُجيزُوا عَتَقَا منْ الثلث وَثُلُثُ مَاله أَلفٌ فَالألفُ بَيْنَهُمَا عَلى قَدْر وَصيَّتهمَا ثُلُثَا الألف للذي قيمَتُهُ أَلفَان وَيَسْعَى في البَاقي وَالثُّلُثُ للذي قيمَتُهُ أَلفٌ وَيَسْعَى في البَاقي.

وَصُورَةُ الدَّرَاهم الْمُرْسَلة: أيْ الْمُطْلقَة هيَ أَنْ **يُوصِيَ لرَجُلٍ بأَلفَيْنِ وَللآخَرِ بأَلف درْهَمٍ وَثُلُثُ مَاله أَلفُ درْهَمٍ وَلمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ فَإنَّهُ** يَكُونُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثًا كُلُّ وَاحد منْهُمَا يَضْربُ بجَميع وَصيَّته؛ لأنَّ الوَصيَّةَ في مَخْرَجهَا صَحيحَةٌ لجَوَاز أَنْ يَكُونَ لهُ مَالٌ آخَرُ يَخْرُجُ هَذَا القَدْرُ منْ الثُّلُث، وَلا كَذَلكَ فيمَا إذَا **أَوْصَى لرَجُلٍ بثُلُث مَاله وَلآخَرَ بنصْف مَاله أَوْ بجَميع مَاله**؛ لأنَّ اللفْظَ في مَخْرَجه لمْ يَصحَّ؛ لأنَّ مَالهُ لوْ كَثُرَ أَوْ خَرَجَ لهُ مَالٌ آخَرُ يَدْخُلُ فيه تلكَ الوَصيَّةُ وَلا يَخْرُجُ منْ الثُّلُث.

(لهُمَا في الخلافيَّة) وَهيَ مَا إذَا أَوْصَى لأحَدهمَا بجَميع مَاله وَلآخَرَ بثُلُثه (أَنَّ الْمُوصيَ قَصَدَ شَيْئَيْنِ الاسْتحْقَاقَ) عَلى الوَرَثَة فيمَا زَادَ عَلى الثُّلُث وَتَفْضيل بَعْض أَهْل الوَصَايَا عَلى بَعْضٍ (وَقَدْ امْتَنَعَ الاسْتحْقَاقُ لحَقِّ الوَرَثَة وَلا مَانعَ منْ التَّفْضيل فَيَثْبُتُ كَمَا في الْمُحَابَاة) وَالسِّعَايَة وَالدَّرَاهم الْمُرْسَلة.

وَلأبي حَنيفَةَ أَنَّ الوَصيَّةَ وَقَعَتْ بغَيْر الْمَشْرُوع وَحَاصلُهُ أَنَّ التَّفْضيل إنَّمَا يَثْبُتُ بنَاءً عَلى الاسْتحْقَاق؛ وَإذَا بَطَل الاسْتحْقَاقُ بَطَل مَا ثَبَتَ في ضمْنه (كَالْمُحَابَاة الثَّابتَة في ضمْن البَيْع) تَبْطُلُ ببُطْلان البَيْع وَهَذَا؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ لمَّا بَطَلتْ بَقيَ كُلٌّ منْهُمَا مُوصًى لهُ بالثُّلُث وَفي ذَلكَ يَتَسَاوَيَان فَكَذَلكَ هَهُنَا (بخلاف مَوَاضع الإجْمَاع) يَعْني الْمُحَابَاةَ وَأُخْتَيْهَا وَهُوَ وَاضحٌ.

وَهَذَا بخلافِ مَا إذَا أَوصَى بعَينٍ من تَركَتِه وَقيمَتُهُ تَزيدُ عَلى الثُّلُث فإنَّهُ يَضربُ بالثُّلُثِ وَإن احتَمَل أن يَزيدَ المَالُ فَيَخرُجُ من الثُّلُث، لأنَّ هُنَاكَ الحَقُّ تَعلقَ بعَين التَّركَة، بدَليل أَنَّهُ لو هَلكَ وَاستَفَادَ مَالا آخَرَ تَبطُلُ الوَصيَّةُ، وَفي الألفِ المُرسَلة لو هَلكَت

التَّرِكَةِ تَنفُذُ فِيمَا يُستَفَادُ فَلم يَكُن مُتَعَلِّقًا بِعَينِ مَا تَعلَقَ بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ.

قَال (وَإِذَا أَوصَى بِنَصِيبِ ابنِهِ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَلو أَوصَى بِمِثل نَصِيبِ ابنِهِ جَازَ) لأَنَّ الأَوَّل وَصِيَّةٌ بِمَال الغَيرِ، لأَنَّ نَصِيبَ الابنِ مَا يُصِيبُهُ بَعدَ المَوتِ وَالثَّانِي وَصِيَّةٌ بِمِثل نَصِيبِ الابنِ وَمِثلُ الشَّيءِ غَيرُهُ وَإِن كَانَ يَتَقَدَّرُ بِهِ فَيَجُوزُ، وَقَال زُفَرُ: يَجُوزُ فِي الأَوَّل أَيضًا فَيُنظَرُ إِلى الحَال وَالكُلُّ مَالُهُ فِيهِ وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِعَيْنٍ مِنْ تَرِكَتِه) صُورَةُ نَقْضٍ تَرِدُ عَلى المَسَائِل المُجْمَعِ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ احْتُمِل أَنْ يَزِيدَ المَالُ فَيَخْرُجُ مِنْ الثُّلُث) يَعْنِي بِأَنْ كَانَ عَبْدًا أَوْصَى به لرَجُلٍ وَبِثُلُث مَاله لآخَرَ وَلا مَال لهُ سِوَى العَبْد وَلَمْ تُجِزْ الوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَان، وَإِنْ احْتُمِل أَنْ يَكْتَسِبَ هَذَا العَبْدُ مَالا فَتَصِيرُ رَقَبَتُهُ مُسَاوِيَةً لِثُلُثِ المَال أَوْ يَظْهَرُ لهُ مَالٌ بِحَيْثُ يَصِيرُ العَبْدُ ثُلُثَ المَال.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ هُنَاكَ الحَقَّ تَعَلقَ بِعَيْنِ التَّرِكَة) يَعْنِي أَنَّ حَقَّ المُوصَى لهُ تَعَلقَ بِعَيْنِ التَّرِكَة؛ وَلِهَذَا لوْ هَلكَتْ العَيْنُ بَطَلتْ الوَصِيَّةُ وَإِنْ اسْتَفَادَ مَالا آخَرَ، وَحَقُّ الوَرَثَة أَيْضًا يَتَعَلقُ بِعَيْنِ التَّرِكَة فِيمَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ فَيَبْطُلُ حَقُّهُ فِيمَا زَادَ عَلى الثُّلُث لاسْتِحَالة اجْتِمَاعِ الحَقَّيْنِ، بِخِلافِ الأَلفِ المُرْسَلة؛ وَلِهَذَا لوْ هَلكَتْ يَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ فَلمْ تَتَعَلقْ بِعَيْنِ مَا تَعَلقَ بِهِ حَقُّ الوَرَثَة فَلا يَلزَمُ بُطْلانُهُ.

قَال (وَمَنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ) وَمَنْ **أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ وَهُوَ مَوْجُودٌ** بَطَلتْ وَصِيَّتُهُ وَإِنْ لمْ يَكُنْ لهُ ابْنٌ صَحَّتْ (وَإِنْ **أَوْصَى بِمِثْل نَصِيبِ ابْنِهِ** جَازَ) كَانَ لهُ ابْنٌ أَوْ لمْ يَكُنْ (لأَنَّ الأَوَّل وَصِيَّةٌ بِمَال الغَيْرِ؛ لأَنَّ نَصِيبَ الابْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ المَوْت) بِنَصِّ الكِتَابِ، وَالوَصِيَّةُ بِمَال الغَيْرِ لا تَجُوزُ (وَالثَّانِي وَصِيَّةٌ بِمِثْل نَصِيبِ الابْنِ، وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِه) وَقَال زُفَرُ: جَازَتْ الأُولى كَالثَّانِيَة نَظَرًا إِلى حَال الوَصِيَّة؛ فَإِنَّ المَال كُلهُ لهُ فِي ذَلكَ الحَال لكَوْنِه حَيًّا بَعْدُ وَللمَالك أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلكِه كَيْفَ يَشَاءُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا) وَهُوَ قَوْلُهُ؛ لأَنَّ الأَوَّل وَصِيَّةٌ بِمَال الغَيْر.

قَال (وَمَن أَوصَى بِسَهمٍ مِن مَالِهِ فَلهُ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ إِلا أَن يَنقُصَ عَن السُّدُسِ فَيَتِمُّ لهُ السُّدُسُ وَلا يُزَادُ عَليهِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لهُ مِثلُ نَصِيبِ أَحَدِ

الوَرَثَةِ وَلا يُزَادُ عَلى الثُّلُثِ إلا أَن يُجِيزَ الوَرَثَةُ) لأَنَّ السَّهمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدَ سِهَامِ الوَرَثَةِ عُرفًا لا سِيَّمَا فِي الوَصِيَّةِ، وَالأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصرفُ إليهِ، إلا إذَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ فَيُرَدُّ عَليهِ لأَنَّهُ لا مَزِيدَ عَليهِ عِندَ عَدَمِ إجَازَةِ الوَرَثَةِ. وَلهُ أَنَّ السَّهمَ هُوَ السُّدُسُ هُوَ المَروِيُّ عَن ابنِ مَسعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وَقَد رَفَعَهُ إلى النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِيمَا يُروَى، وَلأَنَّهُ يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ، فَإِنَّ إيَاسًا قَالَ: السَّهمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَن السُّدُسِ، وَيُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهمٌ مِن سِهَامِ الوَرَثَةِ فَيُعطَى مَا ذَكَرنَا، قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي عُرفِهِم، وَفِي عُرفِنَا السَّهمُ كَالجُزءِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِه) مَعْنَاهُ فَلَهُ السُّدُسُ لا يُزَادُ عَلَيْهِ وَلا يُنْقَصُ مِنْهُ. فَإِنْ قِيل: أَخَسُّ الأَنْصِباءِ أَقَلُّهُ وَالثُّمَنُ أَقَلُّ مِنْ السُّدُسِ فَكَيْفَ جَعَلَهُ بِمَعْنَى السُّدُسِ، قُلت: جَعَلَهُ بِمَعْنَاهُ بِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ مِنْ الأَثَرِ وَاللُّغَة، أَمَّا الأَثَرُ فَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَدْ رَفَعَهُ إلى النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا يُرْوَى أَنَّ «**السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ**». وَأَمَّا اللُّغَةُ فَإِنَّ إِيَاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ قَاضِي البَصْرَةِ قَال: السَّهْمُ فِي اللُّغَة عِبارَةٌ عَنْ السُّدُسِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ عِبارَةَ المَشَايِخِ وَالشَّارِحِينَ فِي هَذَا المَوْضِعِ اخْتَلَفَتْ اخْتِلافًا لا يَكَادُ يُعْلَمُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَسَبَبُ ذَلِكَ اخْتِلافُ رِوَايَةِ المَبْسُوطِ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ. قَال فِي الكَافِي: فَعَلى رِوَايَةِ الأَصْل جَوَّزَ أَبُو حَنِيفَةَ النُّقْصَانَ مِنْ السُّدُسِ وَلَمْ يُجَوِّزْ الزِّيَادَةَ عَلى السُّدُسِ، وَعَلى رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ جَوَّزَ الزِّيَادَةَ عَلى السُّدُسِ وَلَمْ يُجَوِّزْ النُّقْصَانَ عَنْ السُّدُسِ، وَرِوَايَةُ المُصَنِّفِ تُخَالِفُ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لأَنَّ قَوْلَهُ إلا أَنْ يَنْقُصَ عَنْ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ لَيْسَ فِي رِوَايَةِ المَبْسُوط.

وَقَوْلُهُ (وَلا يُزَادُ عَلَيْه) لَيْسَ فِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَإِمَّا أَنَّهُ اطَّلَعَ عَلى رِوَايَةِ غَيْرِهِمَا، وَإِمَّا أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَهُمَا (وَقَالا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَد الوَرَثَة وَلا يُزَادُ عَلى الثُّلُث إلا أَنْ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ) وَمَفْزَعُهُمَا العُرْفُ (فَإِنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِه أَحَدُ سِهَامِ الوَرَثَة عُرْفًا لا سِيَّمَا فِي الوَصِيَّة، وَالأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ فَيُصْرَفُ إلَيْه) إلا إذَا زَادَ: أَيْ الأَقَلُّ (عَلى الثُّلُث فَيُرَدُّ إلَيْه؛ لأَنَّهُ لا مَزِيدَ عَلَيْه عِنْدَ عَدَمِ إجَازَةِ الوَرَثَةِ) وَلأَبِي حَنِيفَةَ مَا ذَكَرْنَاهُ آنِفًا فِي جَوَابِ السُّؤَال مِنْ أَثَرِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَقَوْل إِيَاسٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ إلخ) مُشْكِلٌ، وَذَلِكَ؛ لأَنَّهُ وَقَعَ فِي بَعْضِ نُسَخِ الهِدَايَةِ فَيُعْطَى مَا ذَكَرْنَا، وَفِي بَعْضِهَا فَيُعْطَى الأَقَل مِنْهُمَا. وَفَسَّرَ الأُولى بَعْضُ الشَّارِحِينَ فَقَال: يَعْنِي إنْ كَانَ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ أَقَل مِنْ السُّدُسِ يُعْطَى السُّدُسَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ السَّهْمَ عِبَارَةٌ عَنْ السُّدُسِ، وَإِنْ كَانَ أَخَسُّ السِّهَامِ أَكْثَرَ مِنْهُ يُعْطَى ذَلِكَ؛ لأَنَّ السَّهْمَ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ الوَرَثَةِ عَمَلا بِالدَّلِيلَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ ذَلِكَ أَخَسَّ السِّهَامِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ السُّدُسِ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، فَإِنَّ فِيهِ الزِّيَادَةَ عَلى السُّدُسِ.

وَقَدْ قَال فِي الكِتَابِ: وَلا يُزَادُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُرَادُهُ السُّدُسَ فَمَا ثَمَّ عَمَلٌ بِالدَّلِيلَيْنِ. وَأَمَّا الثَّانِيَةُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَيُعْطَى الأَقَل مِنْهُمَا يُؤَدِّي إلى النُّقْصَانِ عَنْ السُّدُسِ وَفِي الكِتَابِ إلا أَنْ يَنْقُصَ عَنْ السُّدُسِ فَيُتِمَّ لهُ السُّدُسَ.

وَأَيْضًا قَوْلُهُ (مَا ذَكَرْنَا) إنْ أَرَادَ بِهِ السُّدُسَ فَلا تَعَلُّقَ لِقَوْلِهِ وَقَدْ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ الوَرَثَةِ بِالدَّلِيلِ؛ لأَنَّهُ يَتِمُّ بِقَوْل إيَاسٍ وَإِنْ أَرَادَ بِهِ الأَقَل مِنْهُمَا عَادَ الاعْتِرَاضُ المَذْكُورُ وَهُوَ الأَدَاءُ إلى النُّقْصَانِ عَنْ السُّدُسِ، وَأَرَى أَنَّ المُرَادَ بِقَوْلِهِ مَا ذَكَرْنَا هُوَ الأَقَلُّ مِنْهُمَا لِيَكُونَ مَعْنَى النُّسْخَتَيْنِ وَاحِدًا، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إلى رِوَايَةِ المَبْسُوطِ وَهِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ جَوَازِ النُّقْصَانِ دُونَ الزِّيَادَةِ عَلى السُّدُسِ تَنْبِيهًا بِذَلِكَ عَلى أَنَّ المَذْكُورَ فِي الكِتَابِ مِنْ قَوْلِهِ: (إلا أَنْ يَنْقُصَ عَنْ السُّدُسِ فَيُتِمُّ لهُ السُّدُسُ وَلا يُزَادُ عَلَيْهِ) لَيْسَ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا هُوَ مُرَكَّبٌ مِنْ رِوَايَتَيْنِ فَإِنْ كَانَ هَذَا مُرَادَهُ فَهُوَ كَمَا تَرَى تَعْمِيَةٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ فَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِهِ، وَجَهْدُ المُقِلِّ دُمُوعُهُ.

وَصُورَةُ المَسْأَلةِ مَا إذَا **أَوْصَتْ المَرْأَةُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالهَا ثُمَّ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَبِنْتًا** عَلى رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ يُعْطَى السُّدُسَ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يُعْطَى الرُّبُعَ: أَيْ مِثْل الرُّبُعِ فَيُعْطَى الخُمُسَ تُجْعَلُ المَسْأَلةُ عَلى قَوْلِهِ عَلى سِتَّةٍ لِحَاجَتِنَا إلى السُّدُسِ لِلمُوصَى لهُ سَهْمٌ بَقِيَتْ خَمْسَةٌ لِلزَّوْجِ مِنْهُ الرُّبُعُ وَلا يَسْتَقِيمُ عَلَيْهِ فَيُضْرَبُ فِي أَصْل المَسْأَلةِ مَخْرَجُ الكَسْرِ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ تَبْلُغُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ كَانَ لِلمُوصَى لهُ سَهْمٌ يُضْرَبُ فِي أَرْبَعَةٍ فَهُوَ أَرْبَعَةٌ وَهُوَ سُدُسُ المَال بَقِيَ عِشْرُونَ لِلزَّوْجِ مِنْهَا الرُّبُعُ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَالبَاقِي لِلبِنْتِ.

وَعَلى قَوْلِهِمَا عَلى خَمْسَةٍ يُزَادُ مِثْلُ أَخَسِّ سِهَامِ الوَرَثَةِ، وَهُوَ وَاحِدٌ عَلى الفَرِيضَةِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ فَتَصِيرُ خَمْسَةً يُعْطَى المُوصَى لهُ سَهْمًا وَالزَّوْجُ سَهْمًا وَهُوَ رُبُعُ البَاقِي بَعْدَ نَصِيبِ المُوصَى لهُ وَمَا بَقِيَ فَللبنْتِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لأَنَّ المُوصِيَ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ الزَّوْجِ وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ فَيُزَادُ مِثْلُ الرُّبعِ عَلى الأَرْبَعَةِ لِيَكُونَ المَزِيدُ مِثْلا للرُّبعِ، وَأَمَّا عَلى رِوَايَةِ الأَصْل فَتَخْرِيجُهُ كَتَخْرِيجِهِمَا، وَعَلى هَذَا قِسْ أَمْثَالهَا وَخَرِّجْهَا عَلى الرِّوَايَتَيْنِ، وَقَوْلُهُ: (قَالُوا) أَيْ مَشَايِخُنَا كَانَ هَذَا فِي عُرْفِهِمْ وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالجُزْءِ.

قَال (وَلو أَوصَى بِجُزءٍ مِن مَالهِ قِيل للوَرَثَةِ أَعطُوهُ مَا شِئتُم) لأَنَّهُ مَجهُولٌ يَتَنَاوَلُ القَليل وَالكَثِيرَ، غَيرَ أَنَّ الجَهَالةَ لا تَمنَعُ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ وَالوَرَثَةُ قَائِمُونَ مُقَامَ المُوصِي فَإِليهِم البَيَانُ.

الشرح:

(وَلوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالهِ قِيل للوَرَثَةِ أَعْطُوهُ مَا شِئْتُمْ؛ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ يَتَنَاوَلُ القَليل وَالكَثِيرَ غَيْرَ أَنَّ الجَهَالةَ لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ وَالوَرَثَةُ قَائِمُونَ مَقَامَ المُوصِي فَإِليْهِمْ البَيَانُ) وَلوْ أَوْصَى بِبَعْضٍ مِنْ مَالهِ أَوْ بِطَائِفَةٍ أَوْ بِنَصِيبٍ أَوْ بِشَيْءٍ فَالحُكْمُ كَذَلِكَ.

قَال (وَمَن قَال سُدُسُ مَالي لفُلانٍ ثُمَّ قَال فِي ذَلكَ المَجلسِ أَو فِي مَجلسٍ آخَرَ لهُ ثُلُثُ مَالي وَأَجَازَت الوَرَثَةُ فَلهُ ثُلُثُ المَال وَيَدخُلُ السُّدُسُ فِيهِ، وَمَن قَال سُدُسُ مَالي لفُلانٍ ثُمَّ قَال فِي ذَلكَ المَجلسِ أَو فِي غَيرِهِ سُدُسُ مَالي لفُلانٍ فَلهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ) لأَنَّ السُّدُسَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا بِالإِضَافَةِ إِلى المَال، وَالمَعرِفَةُ إِذَا أُعِيدَت يُرَادُ بِالثَّانِي عَينَ الأَوَّل هُوَ المَعهُودُ فِي اللُّغَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَجَازَتْ الوَرَثَةُ فَلهُ ثُلُثُ المَال) فَإِنْ قِيل: إِذَا أَجَازَتْ الوَرَثَةُ كَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ لهُ نِصْفُ المَال وَإِلا لمْ يَبْقَ لقَوْلهِ وَأَجَازَتْ الوَرَثَةُ فَائِدَةٌ فَالجَوَابُ أَنَّ مَعْنَاهُ حَقُّهُ الثُّلُثُ وَإِنْ أَجَازَتْ الوَرَثَةُ؛ لأَنَّ السُّدُسَ يَدْخُلُ فِي الثُّلُثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالثَّانِيَةِ زِيَادَةَ السُّدُسِ عَلى الأَوَّل حَتَّى يَتِمَّ لهُ الثُّلُثُ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا إِيجَابَ الثُّلُث عَلى السُّدُسِ فَيُجْعَلُ السُّدُسُ دَاخِلا فِي الثُّلُثِ؛ لأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ وَحَمْلا لكَلامِهِ عَلى مَا

يَمْلكُهُ وَهُوَ الإِيصَاءُ بِالثُّلُث. وَقَوْلُهُ (وَالمَعْرِفَةُ مَتَى أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنُ الأَوَّل) قَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفًى بِتَوْفِيقِ الله تَعَالَى.

قَال (وَمَن أَوصَى بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَو بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَا ذَلكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخرُجُ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ) وَقَال زُفَرُ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ، لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مُشتَرَكٌ بَينَهُم وَالمَالُ المُشتَرَكُ يُتوَى مَا تُوِيَ مِنهُ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبقَى مَا بَقِيَ عَلَيهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَت التَّرِكَةُ أَجنَاسًا مُختَلِفَةً. وَلَنَا أَنَّ فِي الجِنسِ الوَاحِدِ يُمكِنُ جَمِيعُ حَقِّ أَحَدِهِم فِي الوَاحِدِ وَلِهَذَا يَجرِي فِيهِ الجَبرُ عَلَى القِسمَةِ وَفِيهِ جَمعٌ وَالوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ فَجَمَعنَاهَا فِي الوَاحِدِ البَاقِي وَصَارَت الدَّرَاهِمُ كَالدِّرهَمِ، بِخِلافِ الأَجنَاسِ المُختَلِفَةِ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ الجَمعُ فِيهَا جَبرًا فَكَذَا تَقدِيمًا.

قَال (وَلَو أَوصَى بِثُلُثِ ثِيَابِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهُوَ يَخرُجُ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ لَم يَستَحِقَّ إِلا ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِن الثِّيَابِ، قَالُوا: هَذَا) إِذَا كَانَت الثِّيَابُ مِن أَجنَاسٍ مُختَلِفَةٍ، وَلَو كَانَت مِن جِنسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ الدَّرَاهِمِ، وَكَذَلكَ المَكِيلُ وَالمَوزُونُ بِمَنزِلَتِهَا لأَنَّهُ يَجرِي فِيهِ الجَمعُ جَبرًا بِالقِسمَةِ (وَلَو أَوصَى بِثُلُثِ ثَلاثَةٍ مِن رَقِيقِهِ فَمَاتَ اثنَانِ لَم يَكُن لَهُ إِلا ثُلُثُ البَاقِي، وَكَذَا الدُّورُ المُختَلِفَةُ) وَقِيل هَذَا عَلَى قَول أَبِي حَنِيفَةَ وَحدَهُ لأَنَّهُ لا يَرَى الجَبرَ عَلَى القِسمَةِ فِيهَا. وَقِيل هُوَ قَولُ الكُلِّ لأَنَّ عِندَهُمَا القَاضِي أَن يَجتَهِدَ وَيَجمَعَ وَبِدُونِ ذَلكَ يَتَعَذَّرُ الجَمعُ، وَالأَوَّلُ أَشبَهُ لِلفِقهِ المَذكُورِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُث دَرَاهِمه أَوْ بِثُلُث غَنَمه) وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُث دَرَاهِمه أَوْ بِثُلُث غَنَمه (فَهَلكَ ثُلُثَا ذَلكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُث مَا بَقِيَ مِنْ مَاله فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ، وَقَال زُفَرَ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ؛ لأَنَّ كُل وَاحِد مِنْهُمَا) أَيْ مِنْ الهَالك وَالبَاقِي (مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الوَرَثَة وَالمُوصَى لَهُ وَالمَالُ المُشْتَرَكُ يَتْوَى مَا تَوَى مِنْهُ عَلَى الشَّرِكَة وَيَبْقَى مَا بَقِيَ مِنْهُ عَلَيْهَا، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلفَةً) وَهُوَ القِيَاسُ.

(وَلَنَا أَنَّ هَذَا جِنْسٌ وَاحِدٌ وَالجِنْسُ الوَاحِدُ يُمْكِنُ فيه جَمْعُ حَقِّ أَحَدهِمْ فِي الوَاحِد) أَيْ يُمْكِنُ جَمْعُ حَقٍّ شَائِعٍ لكُلِّ وَاحِد فِي (فَرْد وَلهَذَا يَجْرِي فِيه الجَبْرُ عَلَى القِسْمَة) مَعَ مَا فِيهِ مِنْ الجَمْعِ، وَإِذَا أَمْكَنَ الجَمْعُ جَمْعًا حَقُّ المُوصَى لَهُ فِيمَا بَقِيَ تَقْدِيمًا

للوَصيَّة عَلى الإرْث؛ لأنَّ المُوصَى لهُ جَعَل حَاجَتَهُ فِي هَذَا المُعَيَّنِ مُقَدَّمَةً عَلى حَقِّ الوَرَثَة بِقَدْرِ المُوصَى به، فَكَانَ حَقُّ الوَرَثَة كَالتَّبَع وَحَقُّ المُوصِي لهُ كَالأَصْل.

وَالأَصْلُ فِي مَالٍ اشْتَمَل عَلى أَصْلٍ وَتَبَعٍ إِذَا هَلَكَ شَيْءٌ مِنْهُ أَنْ يُجْعَل الهَالكُ مِنْ التَّبَعِ دُونَ الأَصْل، **كَمَال المُضَارَبَة إِذَا كَانَ فِيه رِبْحٌ وَهَلَكَ بَعْضُهُ** يُصْرَفُ الهَالكُ إلى الرِّبْحِ الذي هُوَ تَبَعٌ لا إلى رَأْسِ المَال (وَصَارَتْ الدَّرَاهِمُ) أَيْ صَارَتْ الوَصِيَّةُ بِثُلُث الدَّرَاهِمِ كَالوَصِيَّةِ بِالدِّرْهَمِ الوَاحِد. وَلوْ **أَوْصَى بِدِرْهَمٍ وَلَهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ فَهَلكَ دِرْهَمَانِ وَبَقِيَ دِرْهَمٌ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ الثُّلُث** كَانَ لهُ الدِّرْهَمُ فَكَذَلكَ هَذَا.

وَقَوْلُهُ (بخلاف الأَجْنَاسِ المُخْتَلفَة) جَوَابٌ عَنْ قَوْل زُفَرَ كَمَا إِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا، وَوَجْهُهُ أَنَّ الجَمْعَ فِيهَا غَيْرُ مُمْكِنٍ، فَإِنَّهُ إِذَا تَرَكَهَا وَطَلَبَ بَعْضُ الوَرَثَة القِسْمَةَ وَأَبَى البَاقُونَ فَإِنَّ القَاضِيَ لا يُجْبِرُهُمْ عَلى القِسْمَة؛ لأَنَّ الغَرَضَ مِنْ القِسْمَة الانْتِفَاعُ فَلا بُدَّ مِنْ المُعَادَلة وَهِيَ فِيهَا مُتَعَذِّرَةٌ، وَإِذَا تَعَذَّرَ الجَمْعُ تَعَذَّرَ التَّقْدِيمُ؛ لأَنَّ فِيه الجَمْعَ فَبَقِيَ الكُلُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الوَرَثَةِ وَالمُوصَى لهُ أَثْلاثًا، فَمَا هَلكَ هَلكَ عَلى الشَّرِكَةِ وَمَا بَقِيَ بَقِيَ عَلَيْهَا أَثْلاثًا.

وَظَهَرَ مِنْ هَذَا قَوْلُهُ وَلوْ أَوْصَى بِثُلُث ثِيَابه، وَأَمَّا إِذَا **أَوْصَى بِثُلُث ثَلاثَة مِنْ رَقِيقه مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ بِثُلُث ثَلاثَة مِنْ الدُّور** فَلَيْسَ لهُ إلا الثُّلُثُ البَاقِي لِكَثْرَة التَّفَاوُت، هَكَذَا أَجَابَ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلاف. وَاخْتَلفَ المَشَايخُ (فَقِيل هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَحْدَهُ؛ لأَنَّهُ لا يَرَى الجَبْرَ عَلى القِسْمَة) فِيهَا فَأَمَّا عَلى قَوْلِهِمَا فَالدُّورُ جِنْسٌ وَاحِدٌ وَكَذَلكَ الرَّقِيقُ، فَيَكُونُ للمُوصَى لهُ العَبْدُ البَاقِي وَالدَّارُ البَاقِيَةُ؛ لأَنَّ للقَاضِي أَنْ يَقْسِمَ قِسْمَةً وَاحِدَةً فَيَجْمَعَ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي عَبْدٍ بِاعْتِبَارِ القِيمَةِ لاتِّحَاد الجِنْسِ، وَإِلى هَذَا مَال الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْث وَالإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ.

وَقِيل المَذْكُورُ فِي الجَامعِ قَوْلُ الكُلِّ؛ لأَنَّ عِنْدَهُمَا لا يَجِبُ عَلى القَاضِي القِسْمَةُ بَل يَجُوزُ لهُ (أَنْ يَجْتَهِدَ وَيَجْمَعَ وَبِدُون ذَلكَ) أَيْ بِدُون اجْتِهَاد القَاضِي وَجَمْعِه (يَتَعَذَّرُ الجَمْعُ) وَإِذَا هَلكَ لمْ يَكُنْ هُنَاكَ فِعْلٌ مِنْ القَاضِي فَكَانَ المَالُ عَلى الشَّرِكَة مَا بَقِيَ وَمَا هَلكَ (وَالأَوَّلُ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ فِي المَسْأَلة اخْتِلافٌ (أَشْبَهُ للفِقْه المَذْكُور) وَهُوَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لا يَرَى الجَبْرَ عَلى القِسْمَةِ فِي الرَّقِيقِ وَالدُّورِ المُخْتَلفَة؛ لأَنَّهُ يَجْعَلُهَا أَجْنَاسًا

مُخْتَلفَةً، وَهُمَا يرَيَان ذَلكَ؛ لأَنَّهُمَا يجْعَلانهَا جنْسًا وَاحدًا.

قَال (وَمَن أَوصَى لرَجُلٍ بِألفِ دِرهَمٍ وَلهُ مَالٌ عَينٌ وَدَينٌ، فَإن خَرَجَ الألفُ مِن ثُلُثِ العَينِ دُفعَ إلى المُوصَى لهُ) لأنَّهُ أَمكَنَ إيفاءُ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ مِن غيرِ بَخسٍ فَيُصَارُ إليهِ، وَإن لم يَخرُج دُفعَ إليهِ ثُلُثُ العَينِ، وَكُلمَا خَرَجَ شَيءٌ مِن الدَّينِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّى يَستَوفِيَ الألفَ لأنَّ المُوصَى لهُ شَرِيكُ الوَارِثِ، وَفِي تَخصِيصِهِ بِالعَينِ بَخسٌ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ لأنَّ للعَينِ فَضلا عَن الدَّينِ، وَلأنَّ الدَّينَ ليسَ بِمَالٍ فِي مُطلقِ الحَال وَإنَّمَا يَصِيرُ مَالا عِندَ الاستِيفَاءِ فَإنَّمَا يَعتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى لرَجُلٍ بِأَلف دِرْهَمٍ) وَمَنْ أَوْصَى لرَجُلٍ بِأَلف دِرْهَمٍ (وَلهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ فَإنْ خَرَجَ الأَلفُ منْ ثُلُث العَيْنِ) بأَنْ كَانَ لهُ ثَلاثَةُ آلاف دِرْهَمٍ نَقْدًا (دُفعَ) الأَلفُ مِنْهُ (إلى المُوصَى لهُ) وَإنْ لَمْ يَخْرُجْ فَإنْ كَانَ النَّقْدُ أَلفًا دُفعَ منْهُ إليْه ثُلُثُهُ (وَكُلمَا خَرَجَ شَيْءٌ منْ الدَّيْنِ أُخذَ ثُلُثُهُ حَتَّى يُسْتَوْفَى الأَلفُ؛ لأَنَّ المُوصَى لهُ شَرِيكُ الوَارِث) وَالأَصْلُ فِي المَال المُشْتَرَك أَنْ يُوَفِّيَ حَقَّ كُلٍّ منْ الشُّرَكَاء بلا بَخْسٍ، وَلا بَخْسَ فِي حَقِّ أَحَدٍ بتَخْصِيصِ المُوصَى لهُ بالعَيْنِ فِي الأَوَّل فَيُصَارُ إليْه، وَفِي الثَّانيَة بَخْسٌ فِي حَقِّ الوَرَثَة بتَخْصِيصِ المُوصَى لهُ بأَلفَيْن.

(لأَنَّ للعَيْنِ فَضْلا عَلى الدَّيْنِ) عَلى مَا ذُكرَ فِي الكتَاب فَكَانَ فيمَا ذَكَرْنَا تَعْديلُ النَّظَرِ للجَانبَيْنِ. قيل المُوصَى به أَلفٌ منْ المَال وَالدَّيْنُ ليْسَ بمَال، فَإنَّ مَنْ حَلفَ أَنَّهُ لا مَال لهُ لَمْ يَحْنَثْ بدُيُونٍ لهُ عَلى النَّاسِ. سَلمْنَاهُ وَلكنْ لا نُسَلِّمُ أَنَّ المُوصَى لهُ شَرِيكُ الوَرَثَة مُطْلقًا، فَإنَّ مَنْ أَوْصَى لرَجُلٍ **بشَيْءٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ يَخْرُجُ منْ الثُّلُث فَهَلكَ** فَلا ضَمَانَ عَلى الوَارث، وَلوْ كَانَ شَرِيكًا لهُ لوَجَبَ عَلى الوَارث حصَّةُ المُوصَى لهُ فيمَا بَقيَ منْ المَال. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ المُوصَى به أَلفٌ أَعَمُّ منْ أَنْ يَكُونَ مَالا فِي الحَال، أَوْ فِي المَآل؛ لأَنَّ الوَصيَّةَ تَتَعَلقُ بالتَّركَة وَكلاهُمَا تَركَةٌ. وَعَنْ الثَّاني بأَنَّهُ شَرِيكُ الوَارث إذَا كَانَتْ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ. وَأَمَّا فِي العَيْنِ فَإنَّ الوَارثَ كَالمُودَع لا يَضْمَنُ إذَا لَمْ يَتَعَدَّ.

قَال (وَمَن أَوصَى لزَيدٍ وَعَمرٍو بِثُلُثِ مَالهِ فَإذَا عَمرٌو مَيِّتٌ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لزَيدٍ) لأنَّ المَيِّتَ ليسَ بِأَهلٍ للوَصِيَّةِ فَلا يُزَاحِمُ الحَيَّ الذِي هُوَ مِن أَهلهَا، كَمَا إذَا أَوصَى لزَيدٍ

وَجِدَارٍ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إذَا لم يَعلم بِمَوتِهِ فَلَهُ نِصفُ الثُّلُثِ، لأَنَّ الوَصِيَّةَ عِندَهُ صَحِيحَةٌ لعَمرٍو فَلم يَرضَ للحَيِّ إلا نِصفَ الثُّلُثِ بِخِلافِ مَا إذَا عَلِمَ بِمَوتِهِ لأَنَّ الوَصِيَّةَ للمَيِّتِ لغوٌ فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ للحَيِّ، وَإِن قَال ثُلُثُ مَالِي بَينَ زَيدٍ وَعَمرٍو وَزَيدٌ مَيِّتٌ كَانَ لعَمرٍو نِصفُ الثُّلُثِ، لأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا اللفظِ أَن يَكُونَ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصفُ الثُّلُثِ بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ، أَلا تَرَى أَنَّ مَن قَال ثُلُثُ مَالِي لزَيدٍ وَسَكَتَ كَانَ لهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلو قَال ثُلُثُ مَالِي بَينَ فُلانٍ وَسَكَتَ لم يَستَحِقَّ الثُّلُثَ.

قَال (وَمَن أَوصَى بِثُلُثِ مَالهِ وَلا مَال لهُ وَاكتَسَبَ مَالا استَحَقَّ المُوصَى لهُ ثُلُثَ مَا يَملكُهُ عِندَ المَوتِ) لأَنَّ الوَصِيَّةَ عَقدُ استِخلافٍ مُضَافٌ إلى مَا بَعدَ المَوتِ وَيَثبُتُ حُكمُهُ بَعدَ فَيُشتَرَطُ وُجُودُ المَال عِندَ المَوتِ لا قَبلهُ، وَكَذَلكَ إذَا كَانَ لهُ مَالٌ فَهَلكَ ثُمَّ اكتَسَبَ مَالا لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ) ظَاهِرٌ.

وَلو أَوصَى لهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلكَ الغَنَمُ قَبل مَوتِهِ أَو لم يَكُن لهُ غَنَمٌ فِي الأَصل فَالوَصِيَّةُ بَاطِلةٌ لمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ إيجَابٌ بَعدَ المَوتِ فَيُعتَبَرُ قِيَامُهُ حِينَئِذٍ، وَهَذِهِ الوَصِيَّةُ تَعَلقَت بِالعَينِ فَتَبطُلُ بِفَوَاتِهِ عِندَ المَوتِ، وَإِن لم يَكُن لهُ غَنَمٌ فَاستَفَادَ ثُمَّ مَاتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ، لأَنَّهَا لو كَانَت بِلفظِ المَال تَصِحُّ، فَكَذَا إذَا كَانَت بِاسمِ نَوعِهِ، وَهَذَا لأَنَّ وُجُودَهُ قَبل المَوتِ فَضلٌ وَالمُعتَبَرُ قِيَامُهُ عِندَ المَوتِ.

وَلو قَال لهُ شَاةٌ مِن مَالي وَليسَ لهُ غَنَمٌ يُعطِي قِيمَةَ شَاةٍ لأَنَّهُ لمَّا أَضَافَهُ إلى المَال عَلمنَا أَنَّ مُرَادَهُ الوَصِيَّةُ بِمَاليَّةِ الشَّاةِ إذ مَاليَّتُهَا تُوجَدُ فِي مُطلقِ المَال، وَلو أَوصَى بِشَاةٍ وَلم يُضِفهُ إلى مَالهِ وَلا غَنَمَ قِيل لا يَصِحّ لأَنَّ المُصَحِّحَ إضَافَتُهُ إلى المَال وَبِدُونِهَا تُعتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعنَاهَا، وَقِيل تَصِحُّ لأَنَّهُ لمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَليسَ فِي مِلكِهِ شَاةٌ عُلمَ أَنَّ مُرَادَهُ المَاليَّةُ.

وَلو قَال شَاةٌ مِن غَنَمِي وَلا غَنَمَ لهُ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلةٌ، لأَنَّهُ لمَّا أَضَافَهُ إلى الغَنَمِ عَلمنَا أَنَّ مُرَادَهُ عَينُ الشَّاةِ حَيثُ جَعَلهَا جُزءًا مِن الغَنَمِ، بِخِلافِ مَا إذَا أَضَافَهُ إلى المَال وَعَلى هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِن المَسَائِل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَالصَّحِيحُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ المَشَايِخِ إِنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ؛ لأَنَّهُ أَضَافَ إِلى مَالٍ خَاصٍّ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ التَّعْيِينِ كَمَا لَوْ **أَوْصَى بِهَذِهِ الشَّاةِ وَلَمْ تَكُنْ فِي مِلْكِهِ ثُمَّ مَلَكَ** فَإِنَّهَا غَيْرُ صَحِيحَةٍ. قَالَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: هَذَا القَوْلُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَنَا؛ لأَنَّهُ أَضَافَ الوَصِيَّةَ إِلى غُنْمٍ مُرْسَلٍ بِغَيْرِ تَعْيِينٍ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ إِضَافَتِهِ إِلى ثُلُثِ المَالِ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ) فَمِنْهَا مَا ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوطِ بِقَوْلِهِ لَوْ قَالَ بِقَفِيزٍ مِنْ حِنْطَةٍ مِنْ مَالِي وَبِثَوْبٍ مِنْ مَالِي فَإِنَّهُ يَصِحُّ الإِيجَابُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ مِنْ حِنْطَتِي أَوْ مِنْ ثِيَابِي فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ أَوْ هَلَكَ قَبْلَ مَوْتِهِ فَلا شَيْءَ لِلمُوصَى لَهُ، وَالفَرْقُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَال (وَمَن أَوصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لأُمَّهَاتِ أَولادِهِ وَهُنَّ ثَلاثٌ وَلِلفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ فَلَهُنَّ ثَلاثَةُ أَسهُمٍ مِن خَمسَةِ أَسهُمٍ) قَال ﷺ: وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقسَمُ عَلى سَبعَةِ أَسهُمٍ لَهُنَّ ثَلاثَةٌ وَلِكُلِّ فَرِيقٍ سَهمَانِ، وَأَصلُهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ لأُمَّهَاتِ الأَولادِ جَائِزَةٌ وَالفُقَرَاءُ وَالمَسَاكِينُ جِنسَانِ، وَفَسَّرنَاهُمَا فِي الزَّكَاةِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَذكُورَ لَفظُ الجَمعِ وَأَدنَاهُ فِي المِيرَاثِ اثنَانِ نَجِد ذَلِكَ فِي القُرآنِ فَكَانَ مِن كُلِّ فَرِيقٍ اثنَانِ وَأُمَّهَاتُ الأَولادِ ثَلاثٌ فَلِهَذَا يُقسَمُ عَلى سَبعَةٍ.

وَلَهُمَا أَنَّ الجَمعَ المُحلى بِالأَلفِ وَاللامِ يُرَادُ بِهِ الجِنسُ، وَأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ الأَدنَى مَعَ احتِمَالِ الكُلِّ، لا سِيَّمَا عِندَ تَعَذُّرِ صَرفِهِ إِلى الكُلِّ فَيُعتَبَرُ مِن كُلِّ فَرِيقٍ وَاحِدٌ فَبَلَغَ الحِسَابُ خَمسَةً وَالثَّلاثَةُ لِلثَّلاثِ. قَال (وَلَو أَوصَى بِثُلُثِهِ لِفُلانٍ وَلِلمَسَاكِينِ فَنِصفُهُ لِفُلانٍ وَنِصفُهُ لِلمَسَاكِينِ عِندَهُمَا) وَعِندَ مُحَمَّدٍ ثُلُثُهُ لِفُلانٍ وَثُلُثَاهُ لِلمَسَاكِينِ، وَلَو أَوصَى لِلمَسَاكِينِ لَهُ صَرفُهُ إِلى مِسكِينٍ وَاحِدٍ عِندَهُمَا، وَعِندَهُ لا يُصرَفُ إِلا إِلى مِسكِينَينِ بِنَاءً عَلى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لأُمَّهَاتِ أَوْلادِهِ) مَا ذَكَرَهُ وَاضِحٌ صُورَةً وَتَعْلِيلا، خَلا قَوْلِهِ وَأَصْلُهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ لأُمَّهَاتِ الأَوْلادِ جَائِزَةٌ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلى بَعْضِ بَيَانٍ، وَهُوَ أَنَّ

الوَصِيَّةَ لَهُنَّ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا. وَالقِيَاسُ أَنْ لا تَصِحَّ؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلى مَا بَعْدَ المَوْتِ، فَإِنَّمَا تَسْتَحِقُّ الوَصِيَّةَ بَعْدَ مَوْتِ مَوْلاهَا وَذَلِكَ حَال حُلُول العِتْقِ بِهَا فَالعِتْقُ يُحِلُّهَا وَهِيَ أَمَةٌ فَتَسْتَحِقُّ الوَصِيَّةَ وَهِيَ أَمَةٌ، وَالوَصِيَّةُ لأَمَتِهِ بِشَيْءٍ غَيْرِ رَقَبَتِهَا بَاطِلَةٌ.

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الوَصِيَّةَ مُضَافَةٌ إِلى مَا بَعْدَ عِتْقِهَا لا حَال حُلُول العِتْقِ بِهَا بِدَلالَةِ حَال المُوصِي؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِهِ أَنْ يَقْصِدَ وَصِيَّةً صَحِيحَةً لا بَاطِلَةً، وَالصَّحِيحَةُ هِيَ المُضَافَةُ إِلى مَا بَعْدَ عِتْقِهَا. فَإِنْ قِيل: الوَصِيَّةُ بِثُلُثِ المَال لِعَبْدِهِ جَائِزَةٌ وَلَمْ يَعْتِقْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَأُمُّ الوَلَدِ لَيْسَتْ أَقَل حَالا مِنْهُ فَكَيْفَ لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ لَهَا قِيَاسًا. أُجِيبَ بِأَنَّ **الوَصِيَّةَ بِثُلُثِ المَال لِلعَبْدِ** إِنَّمَا جَازَتْ لِتَنَاوُلِهِ ثُلُثَ رَقَبَتِهِ فَكَانَ وَصِيَّةً بِرَقَبَتِهِ، وَالوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ إِعْتَاقٌ وَهُوَ يَصِحُّ مُنَجَّزًا وَمُضَافًا، بِخِلافِ أُمِّ الوَلَدِ فَإِنَّ الوَصِيَّةَ لَهَا بِذَلِكَ لَيْسَتْ إِعْتَاقًا؛ لأَنَّهَا تُعْتَقُ بِمَوْتِ المَوْلى وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ وَصِيَّةٌ أَصْلا.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: الوَصِيَّةُ بِثُلُثِ المَال إِمَّا أَنْ صَادَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ المَوْلى وَهِيَ حُرَّةٌ أَوْ أَمَةٌ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَلا وَجْهَ لِنَفْيِ القِيَاسِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَكَذَلِكَ؛ لأَنَّهَا كَالعَبْدِ المُوصَى لَهُ بِثُلُثِ المَال. وَالجَوَابُ أَنَّهَا لَيْسَتْ كَالعَبْدِ؛ لأَنَّ عِتْقَهَا لا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ بِمَوْتِ المَوْلى، فَلَوْ كَانَ بِالوَصِيَّةِ أَيْضًا تَوَارَدَ عِلَّتَانِ مُسْتَقِلَّتَانِ عَلى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَهُوَ ثُلُثُ رَقَبَتِهَا وَذَلِكَ بَاطِلٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأَدْنَاهُ فِي المِيرَاثِ) قَيَّدَ بِذَلِكَ احْتِرَازًا عَنْ فَصْل الزَّكَاةِ؛ فَإِنَّ لَفْظَ الجَمْعِ هُنَاكَ مُنْصَرِفٌ إِلى الوَاحِدِ بِالإِجْمَاعِ بَيْنَ أَصْحَابِنَا، ثُمَّ لَمَّا كَانَ لَفْظُ الجَمْعِ فِي المِيرَاثِ مَصْرُوفًا إِلى الاثْنَيْنِ وَالوَصِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلا مِنْهُمَا تَمْلِيكُ المَال بَعْدَ المَوْتِ كَانَ الجَمْعُ هُنَاكَ أَيْضًا مُنْصَرِفًا إِلى الاثْنَيْنِ.

وَقَوْلُهُ (نَجِدُ ذَلِكَ فِي القُرْآنِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ تَعَالى ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ [النساء: ١١] وَالمُرَادُ بِهَا الاثْنَانِ فَصَاعِدًا وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ، وَكَذَا قَوْلُهُ (وَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الأَدْنَى مَعَ احْتِمَال الكُلِّ).

قَال (وَمَن أَوصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرهَمٍ وَلآخَرَ بِمِائَةٍ ثُمَّ قَال لآخَرَ قَد أَشرَكتُكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ) لأَنَّ الشَّرِكَةَ لِلمُسَاوَاةِ لُغَةً، وَقَد أَمكَنَ إِثبَاتُهُ بَينَ الكُلِّ بِمَا قُلنَاهُ لاتِّحَادِ المَال لأَنَّهُ يُصِيبُ كُل وَاحِدٍ مِنهُم ثُلُثَا مِائَةٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَوصَى لِرَجُلٍ

بِأَربَعِمائَةٍ وَلآخَرَ بِمِائَتَينِ ثُمَّ كَانَ الإِشرَاكُ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ تَحقِيقُ المُسَاوَاةِ بَينَ الكُلِّ لتَفَاوُتِ المَالَينِ فَحَمَلنَاهُ على مُسَاوَاتِهِ كُل وَاحِدٍ بِتَنصِيفِ نَصِيبِهِ عَمَلا بِاللفظِ بِقَدرِ الإِمكَانِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى لرَجُلٍ بِمائَة دِرْهَمٍ) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ وَدَليلُهَا وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ وَالقيَاسُ أَنْ يَكُونَ لهُ نصْفُ كُلِّ مائَة؛ لأَنَّ لفْظَ الإِشْرَاك يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ عِنْدَ الإِطْلاق، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وَقَدْ أَشْرَكَ الثَّالثَ فِيمَا أَوْصَى بِهِ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اسْتِحْقَاق المائَة وَذَلكَ يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ لهُ نِصْفُ كُلِّ مائَة.

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَثْبَتَ الشَّرِكَةَ وَهِيَ تَقْتَضِي المُسَاوَاةَ وَالمُسَاوَاةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ إذَا أَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا ثُلُثَ المائَة مُقْتَضَى إشْرَاكه إيَّاهُمَا جُمْلةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا يَأْخُذ نِصْف كُلِّ مائَة لوْ كَانَ اشْترَاكُهُ مَعَ كُلِّ وَاحد مُنْفَرِدًا وَليْسَ كَذَلكَ **(بخلاف مَا إذَا أَوْصَى لرَجُلٍ بِأَرْبعمائَة دِرْهَمٍ، وَلآخَرَ بمائَتَيْنِ ثُمَّ كَانَ الإِشْرَاكُ)** أَيْ ثُمَّ قَال لآخَرَ أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا فَإِنَّ لهُ نِصْفَ كُلِّ مَا لكُلِّ مِنْهُمَا؛ لأَنَّ تَحَقُّقَ المُسَاوَاة فِيهِمْ غَيْرُ مُمْكِنٍ (لتَفَاوُت المَاليْنِ) فَلا بُدَّ مِنْ العَمَل بِمَفْهُومِ لفْظ الإِشْرَاكِ (فَحَمَلنَاهُ عَلى مُسَاوَاته لكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا كَمَا هُوَ وَجْهُ القِيَاسِ (عَمَلا باللفْظ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ).

قَال (وَمَن قَال لفُلانٍ عَليَّ دَينٌ فَصَدِّقُوهُ) مَعنَاهُ قَال ذَلكَ لوَرَثَتِهِ (فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ إلى الثُّلُثِ) وَهَذَا استِحسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ لا يُصَدَّقُ لأَنَّ الإِقرَارَ بِالمَجهُول وَإِن كَانَ صَحِيحًا لكِنَّهُ لا يُحكَمُ بِهِ إلا بِالبَيَانِ وَقَولُهُ فَصَدِّقُوهُ صَدَرَ مُخَالفًا للشَّرعِ لأَنَّ المُدَّعِيَ لا يُصَدَّقُ إلا بِحُجَّةٍ فَتَعَذَّرَ إثبَاتُهُ إقرَارًا مُطلقًا فَلا يُعتَبَرُ، وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّا نَعلمُ أَنَّ مِن قَصدِهِ تَقدِيمَهُ عَلى الوَرَثَةِ وَقَد أَمكَنَ تَنفِيذُ قَصدِهِ بِطَرِيقِ الوَصِيَّةِ وَقَد يَحتَاجُ إليهِ مَن يَعلمُ بِأَصل الحَقِّ عَليهِ دُونَ مِقدَارِهِ سَعيًا مِنهُ فِي تَفرِيغِ ذِمَّتِهِ فَيَجعَلهَا وَصِيَّةً جَعَل التَّقدِيرَ فِيهَا إلى المُوصَى لهُ كَأَنَّهُ قَال إذَا جَاءَكُم فُلانٌ وَادَّعَى شَيئًا فَأَعطُوهُ مِن مَالي مَا شَاءَ، وَهَذِهِ مُعتَبَرَةٌ مِن الثُّلُثِ فَلهَذَا يُصَدَّقُ عَلى الثُّلُثِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

قَال (وَإِن أَوصَى بِوَصَايَا غَيرِ ذَلكَ يُعزَلُ الثُّلُثُ لأَصحَابِ الوَصَايَا وَالثُّلُثَانِ للوَرَثَةِ)

لأنَّ ميراثَهُم مَعلُومٌ. وَكَذَا الوَصَايَا مَعلُومَةٌ وَهَذَا مَجهُولٌ فَلا يُزَاحِمُ المَعلُومَ فَيُقَدَّمُ عَزلُ المَعلُومِ، وَفِي الإِفرَازِ فَائِدَةٌ أُخرَى وَهُوَ أَنَّ أَحَدَ الفَرِيقَينِ قَد يَكُونُ أَعلَمَ بِمِقدَارِ هَذَا الحَقِّ وَأَبصَرَ بِهِ، وَالآخَرُ أَلَدُّ خِصَامًا، وَعَسَاهُم يَختَلِفُونَ فِي الفَضلِ إِذَا ادَّعَاهُ الخَصمُ وَبَعدَ الإِفرَازِ يَصِحُّ إِقرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ فِيمَا فِي يَدِهِ مِن غَيرِ مُنَازَعَةٍ.

(وَإِذَا عَزَلَ يُقَالُ لأَصحَابِ الوَصَايَا صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئتُم وَيُقَالُ لِلوَرَثَةِ صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئتُم) لأَنَّ هَذَا دَينٌ فِي حَقِّ المُستَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنفِيذِ، فَإِذَا أَقَرَّ كُلُّ فَرِيقٍ بِشَيءٍ ظَهَرَ أَنَّ فِي التَّركَةِ دَينًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَينِ (فَيُؤخَذُ أَصحَابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ مَا أَقَرُّوا وَالوَرَثَةُ بِثُلُثَي مَا أَقَرُّوا) تَنفِيذًا لإِقرَارِ كُلِّ فَرِيقٍ فِي قَدرِ حَقِّهِ وَعَلَى كُلِّ فَرِيقٍ مِنهُمَا اليَمِينُ عَلَى العِلمِ إِن ادَّعَى المُقَرُّ لَهُ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ لأَنَّهُ يَحلِفُ عَلَى مَا جَرَى بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال) **يَعْنِي** لورَثَته **(عَلَيَّ لفُلان دَيْنٌ فَصَدِّقُوهُ)** يُصَدَّقُ إلى الثُّلُث استِحْسَانًا (وَفي القيَاسِ لا يُصَدَّقُ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بمَجْهُولٍ) وَالإقْرَارُ بالمَجْهُول وَإنْ كَانَ صَحيحًا لكنْ إذَا اقْتَرَنَ به منْ جهَة المُقرِّ بَيَانٌ وَقَدْ فَاتَ بمَوْته، وَقَوْلُهُ فَصَدِّقُوهُ: يَعْني فيمَا قَال لا يَصْلُحُ بَيَانًا لكَوْنه (صَدَرَ مُخَالفًا للشَّرْعِ؛ لأَنَّ المُدَّعِيَ لا يُصَدَّقُ إلا بحُجَّة فَتَعَذَّرَ إثْبَاتُهُ إقْرَارًا مُطْلَقًا منْ كُلِّ وَجْه، فَلا يُعْتَبَرُ.

وَجْهُ الاسْتحْسَان أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ المُقرَّ قَصَدَ بهَذَا الكَلامِ تَقْديمَهُ عَلى الوَرَثَة) وَهُوَ مَالكٌ لذَلكَ في الثُّلُث وَأَمْكَنَ تَنْفيذُهُ بطَريق الوَصيَّة فَيَنْفُذُ. فَإنْ قيل: لوْ كَانَ قَصْدُهُ الوَصيَّةَ لصَرَّحَ بهَا. أَجَابَ بقَوْله (وَقَدْ يَحْتَاجُ) أَيْ: المُقرُّ إلى مثْل هَذَا الكَلامِ (لعلمه بأَصْل الحَقِّ الذي عَلَيْه دُونَ مقْدَاره سَعْيًا منْهُ في تَفْريغ ذمَّته فَيَجْعَلُهَا) أَيْ هَذه الوَصيَّةَ (وَصيَّةً جُعل التَّقْديرُ فيهَا إلى المُوصَى لهُ كَأَنَّهُ قَال إذَا جَاءَكُمْ فُلانٌ وَادَّعَى شَيْئًا فَأَعْطُوهُ منْ مَالي مَا شَاءَ وَهَذه مُعْتَبَرَةٌ منْ الثُّلُث فَلهَذَا يُصَدَّقُ إلى الثُّلُث دُونَ الزِّيَادَة).

وَقَوْلُهُ: (فَإنْ أَوْصَى بوَصَايَا غَيْر ذَلكَ إلخْ) وَاضحٌ، وَحَاصلُهُ أَنَّهُ تَصَرُّفٌ يُشْبهُ الإقْرَارَ لفْظًا وَيُشْبهُ الوَصيَّةَ تَنْفيذًا فَباعْتبَار شبْه الوَصيَّة لا يُصَدَّقُ في الزِّيَادَة عَلى الثُّلُث، وَباعْتبَارِ شبْه الإقْرَار يُجْعَلُ شَائعًا في الأَثْلاث وَلا يُخَصَّصُ بالثُّلُث الذي لأَصْحَاب

الوَصَايَا عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ.

قَال (وَمَن أَوصَى لأجنَبِيٍّ وَلوَارِثِهِ فَللأَجنَبِيِّ نِصفُ الوَصِيَّةِ وَتَبطُلُ وَصِيَّةُ الوَارِثِ) لأَنَّهُ أَوصَى بِمَا يَملكُ الإِيصَاءَ بِهِ وَبِمَا لا يَملكُ فَصَحَّ فِي الأَوَّل وَبَطَل فِي الثَّانِي، بِخِلافِ مَا إِذَا أَوصَى لحَيٍّ وَمَيِّتٍ لأَنَّ المَيِّتَ ليس بِأَهلٍ للوَصِيَّةِ فَلا يَصلُحُ مُزَاحِمًا فَيَكُونُ الكُلُّ للحَيِّ وَالوَارِثُ مِن أَهلِهَا وَلِهَذَا تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ فَافتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أَوصَى للقَاتِلِ وَللأَجنَبِيِّ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِعَينٍ أَو دَينٍ لوَارِثِهِ وَللأَجنَبِيِّ حَيثُ لا يَصِحُّ فِي حَقِّ الأَجنَبِيِّ أَيضًا.

لأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنشَاءُ تَصَرُّفٍ وَالشَّرِكَةَ تُثبِتُ حُكمًا لهُ فَتَصِحُّ فِي حَقِّ مَن يَستَحِقُّهُ مِنهُمَا وَأَمَّا الإِقرَارُ فَإِخبَارٌ عَن كَائِنٍ، وَقَد أَخبَرَ بِوَصفِ الشَّرِكَةِ فِي المَاضِي، وَلا وَجهَ إِلى إِثبَاتِهِ بِدُونِ هَذَا الوَصفِ لأَنَّهُ خِلافُ مَا أَخبَرَ بِهِ، وَلهَا إِلى إِثبَاتِ الوَصفِ لأَنَّهُ يَصِيرُ الوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا وَلأَنَّهُ لو قَبَضَ الأَجنَبِيُّ شَيئًا كَانَ للوَارِثِ أَن يُشَارِكَهُ فَيَبطُل فِي ذَلكَ القَدرِ ثُمَّ لا يَزَالُ يَقبِضُ وَيُشَارِكُهُ الوَارِثُ حَتَّى يَبطُل الكُلُّ فَلا يَكُونُ مُفِيدًا وَفِي الإِنشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمتَازَةٌ عَن حِصَّةِ الآخَرِ بَقَاءً وَبُطلانًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لأَجْنَبِيٍّ وَلوَارِثِه) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ هَذَا الإِيصَاءُ (بِخلاف مَا إِذَا **أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ** لوَارِثِه **وَللأَجْنَبِيِّ** حَيْثُ لا يَصِحُّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ) كَمَا لا يَصِحُّ فِي حَقِّ الوَارِث (؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنْشَاءُ تَصَرُّف) أَيْ ابْتِدَاءُ تَمْليك مِنْ غَيْر أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا شَرِكَةٌ قَبْلهَا، وَالشَّرِكَةُ إِنَّمَا تُثْبتُ حُكْمًا لهُ عَقِيبَهُ فَحَيْثُ لَمْ يَقَعْ التَّمْليكُ الذي هُوَ السَّبَبُ صَحِيحًا لا يَثْبُتُ حُكْمُهُ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فَكَانَ نَصِيبُ كُلٍّ مِنْهُمَا مُفْرَزًا عَنْ نَصِيبِ الآخَرِ بِحَسَبِ صِحَّة السَّبَبِ وَعَدَمِهَا.

وَأَمَّا فِي الإِقْرَارِ فَسَبَبُ الشَّرِكَة غَيْرُهُ وَهُوَ مَا كَانَ سَبَبُهَا قَبْلهَا؛ فَإِنَّ الإِقْرَارَ يَقْتَضِي سَبْقَ المُخْبَرِ بِهِ وَهُوَ المَالُ المُشْتَرَكُ بَيْنَهُمَا. وَفِي ذَلكَ: أَيْ فِي الإِقْرَارِ بِالمَال المُشْتَرَك إِقْرَارٌ للوَارِث عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكتَاب وَهُوَ بَاطلٌ، وَلا فَرْقَ فِي ذَلكَ بَيْنَ مَا إِذَا تَصَادَقَا عَلى ذَلكَ أَوْ جَحَدَ الأَجْنَبِيُّ أَوْ الوَارِثُ ذَلكَ أَوْ أَنْكَرَاهُ جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: إِذَا لَمْ يَتَصَادَقَا صَحَّ فِي حِصَّةِ الأَجْنَبِيِّ؛ لأَنَّ الوَارِثَ

مُقِرٌّ بِبُطْلانِ حَقِّهِ وَبِبُطْلانِ حَقِّ شَرِيكِهِ فَيَبْطُلُ فِي نَصِيبِهِ وَيَثْبُتُ فِي نَصِيبِ الآخَرِ، وَقَالا: إِثْبَاتُهُ مُشْتَرَكًا هُوَ المُبْطِلُ وَقَدْ وُجِدَ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: هَذَا الإِقْرَارُ بِالنَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الوَارِثِ غَيْرُ صَحِيحٍ، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ جِهَةِ الفَسَادِ بِحَيْثُ تَعَدَّى إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ؟ فَالجَوَابُ أَنَّ وَجْهَ ذَلِكَ هُوَ القَاعِدَةُ المُسْتَمِرَّةُ وَهِيَ أَنَّ اليَقِينَ لا يَزُولُ بِالشَّكِّ.

وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ حِصَّةَ كُلٍّ مِنْهُمَا غَيْرُ مُمْتَازَةٍ عَنْ غَيْرِهَا، فَفِي كُلِّ جُزْءٍ فَرَضْتَه يَشْتَرِكَانِ فَيَثْبُتُ لِلأَجْنَبِيِّ المِلْكُ فِيهِ بِالنَّظَرِ إِلَى صِحَّةِ الإِقْرَارِ لَهُ وَلا يَثْبُتُ بِالنَّظَرِ إِلَى الوَارِثِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكٌ قَبْلَ الإِقْرَارِ فَلا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (بَقَاءً وَبُطْلانًا) أَيْ: بَقَاءً فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ وَبُطْلانًا فِي حَقِّ الوَارِثِ يَعْنِي تَبْقَى الوَصِيَّةُ صَحِيحَةً فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ وَتَبْطُلُ فِي حَقِّ الوَارِثِ لامْتِيَازِ حِصَّةِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَنْ حِصَّةِ الآخَرِ.

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٌ وَوَسَطٌ وَرَدِيءٌ فَأَوْصَى بِكُلِّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ فَضَاعَ ثَوْبٌ وَلا يَدْرِي أَيُّهَا هُوَ وَالوَرَثَةُ تَجْحَدُ ذَلِكَ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) وَمَعْنَى جُحُودِهِمْ أَنْ يَقُولَ الوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّكَ قَدْ هَلَكَ فَكَانَ المُسْتَحَقُّ مَجْهُولاً وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ القَضَاءِ وَتَحْصِيلَ المَقْصُودِ فَبَطَلَ.

قَالَ (إِلا أَنْ يُسَلِّمَ الوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ البَاقِيَيْنِ، فَإِنْ سَلَّمُوا زَالَ المَانِعُ وَهُوَ الجُحُودُ فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الجَيِّدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَجْوَدِ، وَلِصَاحِبِ الأَوْسَطِ ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثُ الأَدْوَنِ فَثَبَتَ الأَدْوَنُ، وَلِصَاحِبِ الأَدْوَنِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَدْوَنِ) لأَنَّ صَاحِبَ الجَيِّدِ لا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيءِ بِيَقِينٍ، لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا وَلا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَصَاحِبَ الرَّدِيءِ لا حَقَّ لَهُ فِي الجَيِّدِ البَاقِي بِيَقِينٍ، لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا وَلا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيءُ هُوَ الرَّدِيءُ الأَصْلِيُّ فَيُعْطَى مِنْ مَحَلِّ الاحْتِمَالِ، وَإِذَا ذَهَبَ ثُلُثَا الجَيِّدِ وَثُلُثَا الأَدْوَنِ لَمْ يَبْقَ إِلا ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثُ الرَّدِيءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الوَسَطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ ضَرُورَةً.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٍ وَوَسَطٍ وَرَدِيءٍ إلخ) رَجُلٌ لَهُ ثَلاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٍ وَوَسَطٍ وَرَدِيءٍ، تَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ وَأَوْصَى بِكُلِّ ثَوْبٍ مِنْهَا لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ

مَاتَ **فَهَلكَ أَحَدُ الأَثْوَابِ وَلا يَدْرِي أَيُّهَا هُوَ** وَقَالتْ الوَرَثَةُ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بعَيْنِه قَدْ هَلكَ الثَّوْبُ الذي هُوَ حَقُّك كَانَتْ الوَصِيَّةُ بَاطلةً لكَوْنِ المُسْتحقِّ مَجْهُولا وَجَهَالتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ القَضَاءِ وَتَحْصِيلُ المَقْصُودِ وَهُوَ إِتْمَامُ غَرَضِ المُوصِي.

(إلا أَنْ تُسَلِّمَ لَهُمْ الوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ البَاقِيَيْنِ) فَإِنَّ المَانِعَ حِينَئذٍ قَدْ زَال فَيُقْسَمُ فِيمَا بَيْنَهُمْ عَلى مَا ذَكَرَ المُصَنِّفُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ وَاضِحٌ إذَا ابْتَدَأَ بتَعْليل جَانِبِ صَاحِبِ الجَيِّدِ وَصَاحِبِ الرَّدِيءِ، وَإِنْ ابْتَدَأَ بتَعْليل جَانبِ صَاحِبِ الوَسَط فَلهُ وَجْهٌ آخرُ.

وَهُوَ أَنْ يُقَال: الهَالكُ إنْ كَانَ أَرْفَعَ مِنْ البَاقِيَيْنِ فَحَقُّ صَاحِبِ الوَسَطِ فِي الجَيِّدِ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ الهَالكُ أَرْدَأَ مِنْ البَاقِيَيْنِ فَحَقُّ صَاحِب الوَسَطِ فِي الرَّدِيءِ مِنْهُمَا، فَحَقُّهُ يَتَعَلقُ بهَذَا مَرَّةً وَبذَلكَ أُخْرَى، وَإِنْ كَانَ الهَالكُ هُوَ الوَسَطُ فَلا حَقَّ لهُ فِي البَاقِيَيْن، فَإِذَا كَانَ حَقُّهُ يَتَعَلقُ بكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ البَاقِيَيْنِ فِي حَالٍ وَلا يَتَعَلقُ فِي حَالَيْنِ فَيَأْخُذُ ثُلُثَ كُلِّ وَاحِدٍ فَبَقِيَ صَاحِبُ الجَيِّدِ وَصَاحِبُ الرَّدِيءِ فَصَاحِبُ الجَيِّدِ يَدَّعِي الجَيِّدَ وَلا يَدَّعِي الرَّدِيءَ؛ لأَنَّهُ لا حَقَّ لهُ فيه قَطْعًا، وَصَاحِبُ الرَّدِيءِ يَدَّعِي الرَّدِيءَ دُونَ الجَيِّدِ فَيُسَلمُ ثُلُثَا الجَيِّدِ لصَاحِبِ الجَيِّدِ وَثُلُثَا الرَّدِيءِ لصَاحِبِ الرَّدِيءِ.

قَال (وَإِذَا كَانَت الدَّارُ بَينَ رَجُلينِ فَأَوصَى أَحَدُهُمَا بِبَيتٍ بِعَينِهِ لرَجُلٍ فَإِنَّهَا تُقسَمُ، فَإِن وَقَعَ البَيتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي فَهُوَ للمُوصَى لهُ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ وَعِندَ مُحَمَّدٍ نِصفُهُ للمُوصَى لهُ، وَإِن وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ فَللوَصِيِّ لهُ مِثلُ ذرعِ البَيتِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: مِثلُ ذَرعِ نِصفِ البَيتِ لهُ أَنَّهُ أَوصَى بِملكِهِ وَبِملكِ غَيرِهِ، لأَنَّ الدَّارَ بِجَمِيعِ أَجزَائِهَا مُشتَرَكَةٌ فَيَنفُذُ الأَوَّلُ وَيُوقَفُ الثَّانِي، وَهُوَ أَنَّ مِلكَهُ بَعدَ ذَلكَ بِالقِسمَةِ التِي هِيَ مُبَادَلةٌ لا تَنفُذُ الوَصِيَّةُ السَّالفَةُ، كَمَا إذَا أَوصَى بِملكِ الغَيرِ ثُمَّ اشتَرَاهُ.

ثُمَّ إذَا اقتَسَمُوهَا وَوَقَعَ البَيتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي تَنفُذُ الوَصِيَّةُ فِي عَينِ المُوصَى بِهِ وَهُوَ نِصفُ البَيتِ، وَإِن وَقَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ لهُ مِثلُ ذَرعِ نِصفِ البَيتِ تَنفِيذًا للوَصِيَّةِ فِي بَدَل المُوصَى بِهِ عِندَ فَوَاتِهِ كَالجَارِيَةِ المُوصَى بِهَا إذَا قُتِلت خَطَأً تَنفُذُ الوَصِيَّةُ فِي بَدَلهَا، بِخِلافِ مَا إذَا بِيعَ العَبدُ المُوصَى بِهِ حَيثُ لا تَتَعَلقُ الوَصِيَّةُ بِثَمَنِهِ، لأَنَّ الوَصِيَّةَ تَبطُلُ بِالإِقدَامِ عَلى البَيعِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ وَلا تَبطُلُ بِالقِسمَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَوصَى بِمَا يَستَقِرُّ مِلكُهُ فِيهِ بِالقِسمَةِ، لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بِقَصدِ الإِيصَاءِ بِمِلكٍ مُنتَفَعٍ بِهِ مِن كُلِّ وَجهٍ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالقِسمَةِ، لأَنَّ الانتِفَاعَ بِالمُشَاعِ قَاصِرٌ وَقَد استَقَرَّ مِلكُهُ فِي جَمِيعِ البَيتِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فَتَنفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِ، وَمَعنَى المُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ القِسمَةِ تَابِعٌ، وَإِنَّمَا المَقصُودُ الإِفرَازُ تَكمِيلا لِلمَنفَعَةِ وَلِهَذَا يُجبَرُ عَلَى القِسمَةِ فِيهِ، وَعَلَى اعتِبَارِ الإِفرَازِ يَصِيرُ كَأَنَّ البَيتَ مِلكُهُ مِن الابتِدَاءِ. وَإِن وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ تَنفُذُ فِي قَدرِ ذُرعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، إِمَّا لأَنَّهُ عِوَضُهُ كَمَا ذَكَرنَاهُ، أَو لأَنَّ مُرَادَ المُوصِي مِن ذِكرِ البَيتِ التَّقدِيرُ بِهِ تَحصِيلا لِمَقصُودِهِ مَا أَمكَنَ، إِلا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ البَيتُ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ جَمعًا بَينَ الجِهَتَينِ التَّقدِيرِ وَالتَّملِيكِ، وَإِن وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ عَمِلنَا بِالتَّقدِيرِ، أَو لأَنَّهُ أَرَادَ التَّقدِيرَ عَلَى اعتِبَارِ أَحَدِ الوَجهَينِ وَالتَّملِيكَ بِعَينِهِ عَلَى اعتِبَارِ الوَجهِ الآخَرِ، كَمَا إِذَا عَلَّقَ عِتقَ الوَلَدِ وَطَلَاقَ المَرأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ أَمَتُهُ.

فَالمُرَادُ فِي جَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطلَقُ الوَلَدِ وَفِي العِتقِ وَلَدٌ حَيٌّ ثُمَّ إِذَا وَقَعَ البَيتُ فِي نَصِيبِ غَيرِ المُوصِي وَالدَّارُ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَالبَيتُ عَشَرَةُ أَذرُعٍ يُقسَمُ نَصِيبُهُ بَينَ المُوصَى لَهُ وَبَينَ الوَرَثَةِ عَلَى عَشَرَةِ أَسهُمٍ: تِسعَةٌ مِنهَا لِلوَرَثَةِ وَسَهمٌ لِلمُوصَى لَهُ.

وَهَذَا عِندَ مُحَمَّدٍ فَيَضرِبُ المُوصَى لَهُ بِخَمسَةِ أَذرُعٍ نِصفِ البَيتِ وَهُم بِنِصفِ الدَّارِ سِوَى البَيتِ وَهُوَ خَمسَةٌ وَأَربَعُونَ فَيُجعَلُ كُلُّ خَمسَةٍ سَهمًا فَيَصِيرُ عَشَرَةً، وَعِندَهُمَا يُقسَمُ عَلَى أَحَدَ عَشَرَ سَهمًا لأَنَّ المُوصَى لَهُ يَضرِبُ بِالعَشَرَةِ وَهُم بِخَمسَةٍ وَأَربَعِينَ فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلمُوصَى لَهُ سَهمَانِ وَلَهُم تِسعَةٌ.

وَلَو كَانَ مَكَانَ الوَصِيَّةِ إِقرَارٌ قِيلَ هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ لا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ. وَالفَرقُ لَهُ أَنَّ الإِقرَارَ بِمِلكِ الغَيرِ صَحِيحٌ، حَتَّى إِنَّ مَن أَقَرَّ بِمِلكِ الغَيرِ لِغَيرِهِ ثُمَّ مَلَكَهُ يُؤمَرُ بِالتَّسلِيمِ إِلَى المُقَرِّ لَهُ، وَالوَصِيَّةُ بِمِلكِ الغَيرِ لا تَصِحُّ، حَتَّى لَو مَلَكَهُ بِوَجهٍ مِن الوُجُوهِ ثُمَّ مَاتَ لا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَلا تَنفُذُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ) ظَاهِرٌ إلَى قَوْلِه وَمَعْنَى المُبَادَلَة فِي هَذِه القِسْمَة تَابِعٌ وَأَمَّا قَوْلُهُ (هَذَا) فَفيه بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّهُ قَال فِي كِتَاب القِسْمَة: وَالإِفْرَازُ هُوَ الظَّاهِرُ فِي المَكِيلات، وَالمَوزنَات وَمَعْنَى المُبَادَلَة هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَات وَالعُرُوض، وَمَا

نَحْنُ فِيه مِنْ العُرُوضِ فَكَيْفَ كَانَتْ المُبَادَلَةُ فِيه تَابِعَةً؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ قَال هُنَاكَ بَعْدَ قَوْلِه وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي العُرُوضِ إلا أَنَّهَا إذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِد أُجْبِرَ القَاضِي عَلى القِسْمَةِ عِنْدَ طَلَبِ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ فَكَانَ مَعْنَى المُبَادَلَةِ فِيه تَابِعًا كَمَا ذُكِرَ هَاهُنَا؛ لأَنَّ الجَبْرَ لا يَجْرِي فِي المُبَادَلَة.

وَيَكُونُ مَعْنَى قَوْلِه هُنَاكَ وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ هُوَ الظَّاهِرُ فِي الحَيَوَانَاتِ وَالعُرُوضِ إذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَإِلى هَذَا أَشَارَ بِقَوْله (وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الإِفْرَازُ تَكْمِيلا لِلمَنْفَعَة؛ وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلى القِسْمَةِ فِيه) وَالبَاقِي ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (إمَّا؛ لأَنَّهُ عَوَّضَهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي فِي الجَارِيَةِ المُوصَى بِهَا. وَقَوْلُهُ (أَوْ؛ لأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلى اعْتِبَارِ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِي وُقُوعِهِ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ (وَالتَّمْلِيكُ بِعَيْنِهِ عَلى اعْتِبَارِ الوَجْهِ الآخَرِ) يَعْنِي فِي وُقُوعِهِ فِي نَصِيبِه.

وَقَوْلُهُ (فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلمُوصَى لهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ) فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يَقْسِمَ نَصِيبَ المُوصِي بَيْنَ الوَرَثَةِ وَالمُوصَى لهُ عَلى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٍ لِلمُوصَى لهُ، وَأَرْبَعَةٍ لِلوَرَثَةِ؛ لأَنَّهُ لَمَّا صَحَّتْ الوَصِيَّةُ عِنْدَهُمَا فِي عَشَرَةِ أَذْرُعٍ بَقِيَ حَقُّ الوَرَثَةِ فِي أَرْبَعِينَ.

قُلنَا: زَعَمَ الوَرَثَةُ أَنَّ حَقَّهُمْ فِي خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ وَحَقُّ المُوصَى لهُ فِي خَمْسَةٍ تَمَسُّكًا بِمَذْهَبِ مُحَمَّدٍ وَزَعَمَ المُوصَى لهُ أَنَّ حَقَّهُ فِي عَشَرَةٍ وَحَقَّ الوَرَثَةِ فِي أَرْبَعِينَ فَيُعْتَبَرُ زَعْمُ كُلِّ فَرِيقٍ، فَجَعَلنَا كُل خَمْسَةٍ سَهْمًا فَصَارَ الكُلُّ أَحَدَ عَشَرَ. وَقَوْلُهُ (وَقِيل لا خِلافَ فِيه لِمُحَمَّدٍ) بَل قَوْلُهُ فِي الإِقْرَارِ كَقَوْلِهِمَا فِي الوَصِيَّةِ وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَال (وَمَن أَوصَى مِن مَال رَجُلٍ لآخَرَ بِألفٍ بِعَينِهِ فَأَجَازَ صَاحِبُ المَال بَعدَ مَوتِ المُوصِي فَإِن دَفَعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَلهُ أَن يَمنَعَ) لأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَال الغَيرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنهُ أَيضًا فَلهُ أَن يَمتَنِعَ مِن التَّسلِيمِ، بِخِلافِ مَا إذَا أَوصَى بِالزِّيَادَةِ عَلى الثُّلُثِ وَأَجَازَت الوَرَثَةُ لأَنَّ الوَصِيَّةَ فِي مَخرَجِهَا صَحِيحَةٌ لِمُصَادفَتِهَا مِلكَ نَفسِهِ وَالامتِنَاعِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُم فَنَفَذَ مِن جِهَةِ المُوصِي.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَال رَجُلٍ لآخَرَ بِأَلفٍ) وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَال رَجُلٍ لآخَرَ

بِألف بِعَيْنِهَا فَبَلَغَهُ فَإِمَّا أَنْ يُجِيزَ الوَصِيَّةَ أَوْ لا؛ فَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ بَطَلَتْ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّل جَازَتْ، فَإِنْ دَفَعَهَا إلى المُوصَى له تَمَّتْ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ وَإِنْ أَجَازَهَا؛ لأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الغَيْرِ إلى آخرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ إلى...

قَالَ (وَإِذَا اقتَسَمَ الابنَانِ تَركَةَ الأَبِ أَلفًا ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لرجُلٍ أَنَّ الأَبَ أَوصَى لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِنَّ المُقِرَّ يُعطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ) وَهَذَا استِحسَانٌ وَالقِيَاسُ أَن يُعطِيَهُ نِصفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، لأَنَّ إقرَارَهُ بِالثُّلُثِ لَهُ تَضَمَّنَ إقرَارَهُ بِمُسَاوَاتِهِ إيَّاهُ، وَالتَّسوِيَةُ فِي إعطَاءِ النِّصفِ لِيَبقَى لَهُ النِّصفُ.

وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلُثٍ شَائِعٍ فِي التَّركَةِ وَهِيَ فِي أَيدِيهِمَا فَيَكُونُ مُقِرًّا بِثُلُثِ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَينٍ لِغَيرِهِ لأَنَّ الدَّينَ مُقَدَّمٌ عَلَى المِيرَاثِ فَيَكُونُ مُقِرًّا بِتَقدِيمِهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيهِ، أَمَّا المُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ شَرِيكُ الوَارِثِ فَلا يُسَلَّمُ لَهُ شَيءٌ إلا أَن يُسَلَّمَ لِلوَرَثَةِ مِثلاهُ، وَلأَنَّهُ لَو أَخَذَ مِنهُ نِصفَ مَا فِي يَدِهِ فَرُبَّمَا يُقِرُّ الابنُ الآخَرُ بِهِ أَيضًا فَيَأخُذُ نِصفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصفَ التَّركَةِ فَيُزَادُ عَلَى الثُّلُثِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (فَيَكُونُ مُقِرًّا بِتَقَدُّمِهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْه) فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَغْرِقًا جَمِيعَ نَصِيبِه دَفَعَهُ إلَيْه كُلَّهُ وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَن أَوصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ فَوَلَدَت بَعدَ مَوتِ المُوصِي وَلَدًا وَكِلاهُمَا يَخرُجَانِ مِن الثُّلُثِ فَهُمَا لِلمُوصَى لَهُ) لأَنَّ الأُمَّ دَخَلَت فِي الوَصِيَّةِ أَصَالَةً وَالوَلَدُ تَبَعًا حِينَ كَانَ مُتَّصِلا بِالأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَت قَبلَ القِسمَةِ وَالتَّركَةُ قَبلَهَا مُبقَاةٌ عَلَى مِلكِ المَيِّتِ حَتَّى يُقضَى بِهَا دُيُونُهُ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فَيَكُونَانِ لِلمُوصِي لَهُ (وَإِن لَم يَخرُجَا مِن الثُّلُثِ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنهُمَا جَمِيعًا فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَأخُذُ ذَلِكَ مِن الأُمِّ، فَإِن فَضَلَ شَيءٌ أَخَذَهُ مِن الوَلَدِ).

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَيَّنَ صُورَةً وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتُّمِائَةِ دِرهَمٍ وَأَمَةٌ تُسَاوِي ثَلاثَمِائَةِ دِرهَمٍ فَأَوصَى بِالجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ فَوَلَدَت وَلَدًا يُسَاوِي ثَلاثَمِائَةِ دِرهَمٍ قَبلَ القِسمَةِ فَلِلمُوصَى لَهُ الأُمُّ وَثُلُثُ الوَلَدِ عِندَهُ. وَعِندَهُمَا لَهُ ثُلُثَا كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا. لَهُمَا مَا ذَكَرنَا أَنَّ الوَلَدَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ تَبَعًا حَالَةَ الاتِّصَالِ فَلا يَخرُجُ عَنهَا بِالانفِصَالِ كَمَا

فِي البَيعِ وَالعِتقِ فتَنفذُ الوَصِيَّةُ فِيهِمَا عَلى السَّوَاءِ مِن غَيرِ تَقدِيمِ الأُمِّ.

وَلهُ أنَّ الأُمَّ أَصلٌ وَالوَلدُ تَبَعٌ وَالتَّبَعُ لا يُزَاحِمُ الأَصل، فَلو نَفَّذنَا الوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا تَنتَقِضُ الوَصِيَّةُ فِي بَعضِ الأَصل وَذَلكَ لا يَجُوزُ بِخِلافِ البَيعِ لأَنَّ تَنفِيذَ البَيعِ فِي التَّبَعِ لا يُؤَدِّي إلى نَقضِهِ فِي الأَصل بَل يَبقَى تَامًّا صَحِيحًا فِيهِ، إلا أَنَّهُ لا يُقَابِلُهُ بَعضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةَ مُقَابِلَتِهِ بِالوَلَدِ إِذَا اتَّصَل بِهِ القَبضُ وَلكِنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ فِي البَيعِ حَتَّى يَنعَقِدَ البَيعُ بِدُونِ ذِكرِهِ وَإِن كَانَ فَاسِدًا (هَذَا إِذَا وَلدَت قَبل القِسمَةِ، فَإِن وَلدَت بَعدَ القِسمَةِ فَهُوَ لِلمُوصَى لهُ) لأَنَّهُ نَمَاءُ خَالصِ مِلكِهِ لِتَقَرُّرِ مِلكِهِ فِيهِ بَعدَ القِسمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالانْفِصَال كَمَا فِي البَيْع) يَعْنِي تَسْرِي **الوَصِيَّةُ إلى الوَلد الحَادث قَبْل القِسْمَة** كَمَا يَسْرِي البَيْعُ إلى الوَلد الحَادث قَبْل القَبْض وَإِذَا سَرَتْ الوَصِيَّةُ إلى الوَلد صَارَ كَأَنَّ الوَلدَ كَانَ مَوْجُودًا فَأَوْصَى بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا مِثْلُ نِصْف المَال تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي ثُلُثَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَذَلكَ هَهُنَا (وَلهُ أَنَّ الأُمَّ أَصْلٌ) يَعْنِي فِي الوَصِيَّة (وَلد تَبَعَ فِيه) أَيْ فِي الوَصِيَّة عَلى تَأْوِيل الإِيصَاء، وَإِنَّمَا كَانَتْ الأُمُّ أَصْلا؛ لأَنَّ الإِيجَابَ تَنَاوَلَهَا قَصْدًا ثُمَّ سَرَى حُكْمُ الإِيجَابِ إلى الوَلد.

وَلا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الأَصْل وَالتَّبَع فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ بِالأُمِّ ثُمَّ يَكُونُ لهُ مِنْ الوَلد قَدْرُ مَا بَقِيَ مِنْ الثُّلُث، وَتَنْفِيذُ الوَصِيَّةِ فِي جَمِيعِ الأُمِّ كَانَ مُسْتَحَقًّا قَبْل الوِلادَة فَلا يُعْتَبَرُ بِزِيَادَة المَال؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي إلى نَقْصِهَا فِي بَعْضِ الأَصْل، وَذَلكَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ فِيه إِبْطَال الأَصْل بِالتَّبَعِ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ لا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَن) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لا نُسَلِّمُ أَنَّ تَنْفِيذَ البَيْعِ فِي التَّبَعِ لا يُؤَدِّي إلى نَقْصِه فِي الأَصْل فَإِنَّ بَعْضَ الثَّمَنِ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ فِي ذَلكَ وَفِيه نَقْضٌ لهُ بِحِصَّته. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا لا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَن ضَرُورَةَ مُقَابَلته بِالوَلد إِذَا اتَّصَل بِه القَبْضُ؛ فَإِنَّ العِوَضَ الوَاحِدَ لا يُقَابَلُ بِعِوَضَيْن لكِنْ لا يُوجِبُ ذَلكَ النَّقْضَ فِي المَبِيع؛ لأَنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ إلى آخرِ مَا ذَكَرَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اتَّصَل بِه القَبْضُ) إِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلكَ؛ لأَنَّ مُقَابَلَةَ بَعْضِ الثَّمَنِ بِالوَلد إِنَّمَا يَكُونُ أَنْ لوْ كَانَ مَقْبُوضًا بِالأَصْل، حَتَّى لوْ هَلكَ قَبْل القَبْضِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ بَل يَأْخُذُ الأُمَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ فِي اعتِبَارِ حَالةِ الوَصِيَّةِ

قَال (وَإِذَا أَقرَّ المَرِيضُ لامرَأَةٍ بِدَينٍ أَو أَوصَى لهَا بِشَيءٍ أَو وَهَبَ لهَا ثُمَّ تَزَوَّجهَا ثُمَّ مَاتَ جَازَ الإِقرَارُ وَبَطلَت الوَصِيَّةُ وَالهِبَةُ) لأنَّ الإِقرَارَ مُلزِمٌ بِنفسِهِ وَهِيَ أَجنَبِيَّةٌ عِندَ صُدُورِهِ، وَلِهَذَا يُعتَبَرُ مِن جَمِيعِ المَال، وَلا يَبطُلُ بِالدَّينِ إِذَا كَانَ فِي حَالةِ الصِّحَّةِ أَو فِي حَالةِ المَرَضِ، إِلا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ عَنهُ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ لأَنَّهَا إِيجَابٌ عِندَ المَوتِ وَهِيَ وَارِثَةٌ عِندَ ذَلِكَ، وَلا وَصِيَّةَ لِلوَارِثِ، وَالهِبَةُ وَإِن كَانَت مُنَجَّزَةً صُورَةً فَهِيَ كَالمُضَافِ إِلى مَا بَعدَ المَوتِ حُكمًا لأَنَّ حُكمَهَا يَتَقَرَّرُ عِندَ المَوتِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهَا تَبطُلُ بِالدَّينِ المُستَغرِقِ وَعِندَ عَدَمِ الدَّينِ تُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي اعتِبَارِ حَالةِ الوَصِيَّةِ): قَال فِي النِّهَايَةِ: لَمَّا ذَكَرَ الحُكْمَ الكُلِّيَّ فِي الوَصِيَّةِ وَهُوَ الحُكْمُ الذِي يَتَعَلقُ بِثُلُثِ المَال ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل أَحْكَامًا تَتَعَلقُ بِالأَحْوَال المُتَغَيِّرَةِ مِنْ وَصْفٍ إِلى وَصْفٍ لِمَا أَنَّ هَذِهِ الأَحْوَال بِمَنْزِلةِ العَوَارِضِ وَالأَحْكَامُ المُتَعَلِّقَةُ بِثُلُثِ المَال بِمَنْزِلةِ الأُصُول وَالأَصْليُّ مُقَدَّمٌ عَلى العَارِضِ.

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَقرَّ المَرِيضُ لامْرَأَةٍ) وَاضِحٌ مَبْنَاهُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي جَوَازِ الوَصِيَّةِ وَفَسَادُهَا كَوْنُ المُوصَى لهُ وَارِثًا وَغَيْرَ وَارِثٍ يَوْمَ المَوْتِ لا يَوْمَ الوَصِيَّةِ، وَالمُعْتَبَرُ فِي فَسَادِ الإِقْرَارِ وَجَوَازِهِ كَوْنُ المُقَرِّ لهُ وَارِثًا لِلحَال؛ لأَنَّ الإِقْرَارَ تَمْلِيكٌ لِلحَال، فَمَتَى كَانَ المُقَرُّ لهُ وَارِثًا يَوْمَ الإِقْرَارِ لا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ إِذَا كَانَ المُقِرُّ مَرِيضًا.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الإِقْرَارَ مُلزِمٌ) فِيهِ تَلوِيحٌ إِلى رَدِّ قَوْل زُفَرَ، وَهُوَ أَنَّ الإِقْرَارَ أَيْضًا بَاطِلٌ؛ لأَنَّ إِقْرَارَ المَرِيضِ بِمَنْزِلةِ التَّمْلِيكِ وَلِهَذَا يَصِحُّ لِلوَارِثِ. وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الإِقْرَارَ يُثْبِتُ الحُكْمَ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلى أَمْرٍ زَائِدٍ كَالمَوْتِ فِي بَابِ الوَصِيَّةِ، وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ عَنْهُ) أَيْ تَنْفِيذُ حُكْمِ الإِقْرَارِ فِي حَالةِ المَرَضِ يُؤَخَّرُ عَنْ تَنْفِيذِ حُكْمِ الإِقْرَارِ الذِي فِي حَالةِ الصِّحَّةِ (بِخِلافِ الوَصِيَّةِ لأَنَّهُ) يَعْنِي الوَصِيَّةَ بِتَأْوِيلِ الإِيصَاءِ.

قَال (وَإِذَا أَقرَّ المَرِيضُ لابنِهِ بِدَينٍ وَابنُهُ نَصرَانِيٌّ أَو وَهَبَ لهُ أَو أَوصَى لهُ فَأَسلمَ الابنُ قَبل مَوتِهِ بَطَل ذَلكَ كُلُّهُ). أَمَّا الهِبَةُ وَالوَصِيَّةُ فَلمَا قُلنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِندَ المَوتِ وَهُمَا إِيجَابَانِ عِندَهُ أَو بَعدَهُ، وَالإِقرَارُ وَإِن كَانَ مُلزِمًا بِنَفسِهِ وَلَكِنَّ سَبَبَ الإِرثِ وَهُوَ البُنُوَّةُ

قَائِمٌ وَقتَ الإقرَارِ فَيُعتَبَرُ فِي إيرَاثِ تُهمَةِ الإيثَارِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ لأَنَّ سَبَبَ الإرثِ الزَّوجِيَّةُ وَهِيَ طَارِئَةٌ حَتَّى لو كَانَت الزَّوجِيَّةُ قَائِمَةً وَقتَ الإقرَارِ وَهِيَ نَصرَانِيَّةٌ ثُمَّ أَسلَمَت قَبل مَوتِهِ لا يَصِحُّ الإقرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَال صُدُورِهِ.

وَكَذَا لو كَانَ الابنُ عَبدًا أَو مُكَاتَبًا فَأُعتِقَ لِمَا ذَكَرنَا وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإقرَارِ إن لم يَكُن عَلَيهِ دَينٌ يَصِحُّ لأَنَّهُ أَقَرَّ لِمَولاهُ وَهُوَ أَجنَبِيٌّ، وَإِن كَانَ عَلَيهِ دَينٌ لا يَصِحُّ لأَنَّهُ إقرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابنُهُ، وَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرنَا أَنَّ المُعتَبَرَ فِيهَا وَقتُ المَوتِ. وَأَمَّا الهِبَةُ فَيُروَى أَنَّهَا تَصِحُّ لأَنَّهَا تَملِيكٌ فِي الحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ المَوتِ بِمَنزِلَةِ الوَصِيَّةِ فَلا تَصِحُّ.

قَال (وَالمُقعَدُ وَالمَفلُوجُ وَالأَشَلُّ وَالمَسلُولُ إذَا تَطَاوَل ذَلكَ وَلم يُخَف مِنهُ المَوتُ فَهِبَتُهُ مِن جَمِيعِ المَال) لأَنَّهُ إذَا تَقَادَمَ العَهدُ صَارَ طَبعًا مِن طِبَاعِهِ وَلِهَذَا لا يَشتَغِلُ بِالتَّدَاوِي، وَلو صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعدَ ذَلكَ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ (وَإِن وَهَبَ عِندَ مَا أَصَابَهُ ذَلكَ وَمَاتَ مِن أَيَّامِهِ فَهُوَ مِن الثُّلُثِ إذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ) لأَنَّهُ يُخَافُ مِنهُ المَوتُ وَلِهَذَا يَتَدَاوَى فَيَكُونُ مَرَضَ المَوتِ، وَاللهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لوْ كَانَ الابْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ) يَعْنِي لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ وَالهِبَةُ؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ مُضَافَةٌ إلى وَقْت المَوْت، أَمَّا إذَا أَقَرَّ لهُ بِدَيْنٍ ثُمَّ أُعْتِقَ قَبْل المَوْت لمْ يَذْكُرْ هَاهُنَا. (وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإقْرَارِ أَنَّهُ إنْ لمْ يَكُنْ عَلَيْه) أَيْ عَلى العَبْدِ (دَيْنٌ يَصِحُّ) إلى آخرِ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب.

وَقَوْلُهُ (وَالمُقْعَدُ وَالمَفْلُوجُ) المُقْعَدُ مَنْ لا يَقْدِرُ عَلى القِيَامِ وَالمَفْلُوجُ مَنْ ذَهَبَ نِصْفُهُ وَبَطَل عَنْ الحِسِّ وَالحَرَكَةِ (وَالأَشَلُّ) مَنْ شُلَّتْ يَدُهُ (وَالمَسْلُولُ) هُوَ الذي بِه مَرَضُ السُّلِّ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ اجْتِمَاعِ المِرَّةِ فِي الصَّدْرِ وَنَفْثِهَا، وَقَوْلُهُ (صَارَ طَبْعًا مِنْ طِبَاعِه) يَعْنِي: خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَرِيضًا مَرَضَ المَوْت فَيُعْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ مِنْ جَمِيعِ المَال.

(فَلوْ صَارَ بَعْدَ ذَلكَ صَاحِبَ فِرَاشٍ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِث) فَيُعْتَبَرُ فِيه تَصَرُّفُهُ مِنْ الثُّلُث كَمَا لوْ تَصَرَّفَ عِنْدَمَا أَصَابَهُ ذَلكَ وَصَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ وَمَاتَ مِنْ أَيَّامِه (؛ لأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ المَوْتُ؛ وَلِهَذَا يَتَدَاوَى فَيَكُونُ مَرَضَ المَوْت، وَاللهُ أَعْلَمُ).

بَابُ العِتقِ فِي مَرَضِ المَوتِ

قَالَ: (وَمَن أَعتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبدًا أَو بَاعَ وَحَابَى أَو وَهَبَ فَذَلكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَهُوَ مُعتَبَرٌ مِن الثُّلُثِ، وَيُضرَبُ بِهِ مَعَ أَصحَابِ الوَصَايَا). وَفِي بَعضِ النُّسَخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَولِهِ جَائِزٌ، وَالمُرَادُ الاعتِبَارُ مِن الثُّلُثِ وَالضَّربُ مَعَ أَصحَابِ الوَصَايَا لا حَقِيقَةُ الوَصِيَّةِ لأنَّهَا إِيجَابٌ بَعدَ المَوتِ وَهَذَا مُنَجَّزٌ غَيرُ مُضَافٍ، وَاعتِبَارُهُ مِن الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ، وَكَذَلكَ مَا ابتَدَأَ المَرِيضُ إِيجَابَهُ عَلَى نَفسِهِ كَالضَّمَانِ وَالكَفَالَةِ فِي حُكمِ الوَصِيَّةِ لأَنَّهُ يُتَّهَمُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ.

وَكُلُّ مَا أَوجَبَهُ بَعدَ المَوتِ فَهُوَ مِن الثُّلُثِ، وَإِن أَوجَبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعتِبَارًا بِحَالَةِ الإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ العَقدِ، وَمَا نَفَّذَهُ مِن التَّصَرُّفِ فَالمُعتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ العَقدِ، فَإِن كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِن جَمِيعِ المَالِ وَإِن كَانَ مَرِيضًا فَمِن الثُّلُثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنهُ فَهُوَ كَحَالِ الصِّحَّةِ لأَنَّ بِالبُرءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا حَقَّ فِي مَالِهِ.

الشرح:

(بَابُ العِتقِ فِي مَرَضِ المَوتِ): الإِعْتَاقُ فِي المَرَضِ مِنْ أَنْوَاعِ الوَصِيَّةِ، لكِنْ لَمَّا كَانَ لَهُ أَحْكَامٌ مَخْصُوصَةٌ أَفْرَدَهُ بِبَابٍ عَلى حِدَةٍ، وَأَخَّرَهُ عَنْ صَرِيحِ الوَصِيَّةِ؛ لأَنَّ الصَّرِيحَ هُوَ الأَصْلُ. قَال (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِه) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالمُرَادُ الاعْتِبَارُ مِنْ الثُّلُث) أَيْ: المُرَادُ بِقَوْلِه فَهُوَ وَصِيَّةٌ الاعْتِبَارِ مِنْ الثُّلُث لا حَقِيقَةُ الوَصِيَّةِ؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ عِبَارَةٌ عَمَّا أَوْجَبَهُ المُوصِي فِي مَالِه بَعْدَ مَوْتِه مُتَطَوِّعًا.

وَقَوْلُهُ (كَالضَّمَان وَالكَفَالَة) غَايَرَ بَيْنَهُمَا بِالعَطْف؛ لأَنَّ الضَّمَانَ أَعَمُّ مِنْ الكَفَالَة، فَإِنَّ مِنْ الضَّمَان مَا لا يَكُونُ كَفَالَةً بِأَنْ **قَال لأَجْنَبِيٍّ خَالِعْ امْرَأَتَكَ عَلى أَلفٍ عَلى أَنِّي ضَامِنٌ**، وَكَذَا لَوْ **قَال بِعْ هَذَا العَبْدَ بِأَلفٍ عَلى أَنِّي ضَامِنٌ لك بِخَمْسمائَة مِنْ الثَّمَنِ سِوَى الأَلف**، فَإِنَّ بَدَل الخُلعِ يَكُونُ عَلى الأَجْنَبِيِّ لا عَلى المَرْأَة، وَالخَمْسُمائَة عَلى الضَّامِنِ دُونَ المُشْتَرِي.

وَقَوْلُهُ (وَمَا نَفَّذَهُ مِنْ التَّصَرُّف) أَيْ: نَجَّزَهُ فِي الحَال وَلَمْ يُضِفْهُ إِلى مَا بَعْدَ المَوْت (فَالمُعْتَبَرُ فِيه حَالةُ العَقْد، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَال، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَهُوَ مِنْ الثُّلُث، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَال الصِّحَّة؛ لأَنَّهُ بِالبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لا حَقَّ لأَحَد

مِنْ مَاله).

قَال (وَإِن حَابَى ثُمَّ أَعتَقَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنهُمَا) فَالُمحَابَاةُ أَولى عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَإِن أَعتَقَ ثُمَّ حَابَى فَهُمَا سَوَاءٌ، (وَقَالا: العِتقُ أَولى فِي المَسأَلتَين) وَالأَصلُ فِيهِ أَنَّ الوَصَايَا إِذَا لم يَكُن فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِن أَصحَابِهَا يَضرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ لا يُقَدَّمُ البَعضُ عَلَى البَعضِ إِلا المُوقَعُ فِي المَرَضِ، وَالعِتقُ المُعَلقُ بِمَوتِ المُوصِي كَالتَّدبِيرِ الصَّحِيحِ وَالمُحَابَاةُ فِي البَيعِ إِذَا وَقَعَت فِي المَرَضِ لأَنَّ الوَصَايَا قَد تَسَاوَت، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الاستِحقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفسِ الاستِحقَاقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ العِتقُ الذِي ذَكَرنَاهُ آنِفًا لأَنَّهُ أَقوَى فَإِنَّهُ لا يَلحَقُهُ الفَسخُ مِن جِهَةِ المُوصِي، وَغَيرُهُ يَلحَقُهُ.

وَكَذَلكَ المُحَابَاةُ لا يَلحَقُهَا الفَسخُ مِن جِهَةِ المُوصِي، وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَلكَ فَمَا بَقِيَ مِن الثُّلُثِ بَعدَ ذَلكَ يَستَوِي فِيهِ مِن سِوَاهُمَا مِن أَهلِ الوَصَايَا، وَلا يُقَدَّمُ البَعضُ عَلَى البَعضِ. لهُمَا فِي الخِلافِيَّةِ أَنَّ العِتقَ أَقوَى لأَنَّهُ لا يَلحَقُهُ الفَسخُ وَالمُحَابَاةُ يَلحَقُهَا، وَلا مُعتَبَرَ بِالتَّقدِيمِ الذِّكرِ لأَنَّهُ لا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ.

وَلهُ أَنَّ المُحَابَاةَ أَقوَى، لأَنَّهَا تَثبُتُ فِي ضِمنِ عَقدِ المُعَاوَضَةِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعنَاهُ لا بِصِيغَتِهِ، وَالإِعتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيغَةً وَمَعنًى، فَإِذَا وُجِدَت المُحَابَاةُ أَوَّلا دُفِعَ الأَضعَفُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتقُ أَوَّلا وَثَبَتَ وَهُوَ لا يَحتَمِلُ الدَّفعَ كَانَ مِن ضَرُورَتِهِ المُزَاحَمَةُ، وَعَلَى هَذَا قَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا حَابَى ثُمَّ أَعتَقَ ثُمَّ حَابَى قُسِمَ الثُّلُثُ بَينَ المُحَابَاتَينِ نِصفَينِ لتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ المُحَابَاةَ الأَخِيرَةَ قُسِمَ بَينَهَا وَبَينَ العِتقِ لأَنَّ العِتقَ مُقَدَّمٌ عَليهَا فَيَستَوِيَانِ، وَلو أَعتَقَ ثُمَّ حَابَى ثُمَّ أَعتَقَ قُسِمَ الثُّلُثُ بَينَ العِتقِ الأَوَّل وَالمُحَابَاةِ نِصفَينِ، وَمَا أَصَابَ العِتقَ قُسِمَ بَينَهُ وَبَينَ العِتقِ الثَّانِي، وَعِندَهُمَا العِتقُ أَولى بِكُلِّ حَالٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ) صُورَتُهُ رَجُلٌ بَاعَ فِي مَرَضه عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفَيْنِ مِنْ رَجُلٍ بِأَلف وَأَعْتَقَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلفًا وَلا مَال لهُ سوَاهُمَا (فَالْمُحَابَاةُ أَوْلى) وَإِنْ ابْتدَاءً بالعتْقِ تَحَاصَّا فيه (عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) فَفِي الأَوَّل يُسَلمُ العَبْدُ للمُشْتَرِي بِأَلف، وَلَمْ يَبْقَ منْ الثُّلُث شَيْءٌ إلا أَنَّ العتْقَ لا يُمْكنُ رَدُّهُ فَيَسْعَى العَبْدُ في قيمَته للوَرَثَة، وَفي الثَّانيَة يَتَحَاصَّانِ فِي مقْدَارِ الثُّلُث (وَقَالا: العتْقُ أَوْلى) سَوَاءٌ قَدَّمَ المُحَابَاةَ أَوْ أَخَّرَهَا فَيَعْتقُ

مَجَّانًا؛ لأَنَّ قِيمَتَهُ بِقَدْرِ الثُّلُث، وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَرَدَّ الْعَبْدَ لِمَا لَزِمَهُ مِنْ الزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَى الْعَقْدَ وَأَدَّى كَمَالَ قِيمَةِ الْعَبْدِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ وَالأَصْلُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (إلا الْعِتْقَ الْمُوَقَّعَ) أَيْ الْمُنَجَّزَ لا الْمُفَوَّضَ إلَى إعْتَاقِ الْوَرَثَةِ مِثْل أَنْ يَقُول أَعْتِقُوهُ أَوْ يُوصِيَ بِعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مُسْتَثْنًى مِنْ قَوْلِهِ لا يُقَدَّمُ وَقَوْلُهُ (كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ الْفَاسِدِ مِنْهُ مِثْل أَنْ يَقُول **أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ** كَمَا سَيَجِيءُ. وَقَوْلُهُ (وَالْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ) بِالرَّفْعِ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ إلا الْعِتْقَ الْمُوَقَّعَ. وَقَوْلُهُ (وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ) أَيْ: غَيْرُ الْعِتْقِ الْمُوَقَّعِ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ كَالْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ، وَالْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ. وَقَوْلُهُ (يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا) أَيْ: سِوَى الْعِتْقِ، وَالْمُحَابَاةِ.

وَقَوْلُهُ (لَهُمَا فِي الْخِلافِيَّةِ) وَهِيَ الَّتِي قَدَّمَ فِيهَا الْمُحَابَاةَ عَلَى الْعِتْقِ وَقَوْلُهُ (لا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ) أَلا تَرَى أَنَّهُ إذَا **أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِفُلانٍ وَلِفُلانٍ وَلِفُلانٍ** كَانَ بَيْنَهُمْ أَثْلاثًا وَصَلَ أَوْ فَصَلَ وَلا عِبْرَةَ بِالْبُدَاءَةِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا وَقَوْلُهُ (؛ لأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ) يَعْنِي: وَبِالْمَرَضِ لا يَلْحَقُهُ الْحَجْرُ عَنْهَا (فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لا بِصِيغَتِهِ، وَالإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيغَةً وَمَعْنًى)؛ لأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي ضِمْنِ الْمُعَاوَضَةِ وَبِالْمَرَضِ يَلْحَقُهُ الْحَجْرُ عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ (قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْمُحَابَاةَ الأَخِيرَةَ قُسِّمَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْعِتْقِ؛ لأَنَّ الْعِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ) فِيهِ بَحْثٌ، وَهُوَ أَنْ يُقَال: الْمُحَابَاةُ الأُولَى مُسَاوِيَةٌ لِلْمُحَابَاةِ الثَّانِيَةِ، وَالْمُحَابَاةُ الثَّانِيَةُ مُسَاوِيَةٌ لِلْعِتْقِ الْمُتَقَدِّمِ عَلَيْهَا، فَالْمُحَابَاةُ الأُولَى مُسَاوِيَةٌ لِلْعِتْقِ الْمُتَأَخِّرِ عَنْهَا، وَهُوَ يُنَاقِضُ الدَّلِيلَ الْمَذْكُورَ مِنْ جَانِبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَيْضًا لَوْ حَابَى ثُمَّ حَابَى وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ الثُّلُثِ تَحَاصَّا، وَمَا ذَكَرْتُمْ مِنْ أَنَّ التَّقْدِيمَ يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ يَسْتَدْعِي أَنْ تَنْفُذَ الأُولَى ثُمَّ الثَّانِيَةُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ شَرْطَ الإِنْتَاجِ أَنْ يَلْزَمَ النَّتِيجَةَ الْقِيَاسُ لِذَاتِهِ، وَقِيَاسُ الْمُسَاوَاةِ لَيْسَ كَذَلِكَ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ إنَّمَا تَحَاصَّا؛ لأَنَّ مَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ مِنْ تَبَرُّعَاتِ الْمَرِيضِ يَنْفُذُ ثُمَّ يَنْقُضُ إذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنْ الثُّلُثِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ نَفَّذْنَاهُ جَمِيعًا ثُمَّ نَقَضْنَاهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَثْبُتُ لَهُمَا بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ وَهُمَا نَافِذَتَانِ فَاسْتَوَيَا،

كَذَا فِي «النِّهَايَة».

وَقَوْلُهُ (قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَ العِتْقِ الأَوَّل وَالْمُحَابَاة، وَمَا أَصَابَ العِتْقَ قُسِّمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العِتْقِ الثَّانِي) فَإِنْ قُلت: لَم لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ العِتْقِ وَالعِتْقِ ثُمَّ بَيْنَ العِتْقِ الثَّانِي وَالْمُحَابَاة؟ قُلت: لا يَسْتَقِيمُ؛ لأَنَّ الْمُحَابَاةَ مُقَدَّمَةٌ عَلى العِتْقِ الثَّانِي فَلا يَكُونُ مُسَاوِيًا لهَا، وَالعِتْقُ الأَوَّلُ مُقَدَّمٌ عَلى الْمُحَابَاة فَيُزَاحِمُهَا فِي الثُّلُث، ثُمَّ مَا أَصَابَ العِتْقَ الأَوَّل شَارَكَهُ فِيه العِتْقُ الآخَرُ لِلْمُجَانَسَة وَالْمُسَاوَاة بَيْنَهُمَا.

فَإِنْ قِيل: كَيْفَ يَسْتَقِيمُ هَذَا وَلَمْ يَصِل إلى صَاحِبِ الْمُحَابَاة كَمَالُ حَقِّه كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَرِدَّ صَاحِبُ الْمُحَابَاة مَا أَخَذَ صَاحِبُ العِتْقِ الثَّانِي؛ لأَنَّ حَقَّ صَاحِبِ الْمُحَابَاة مُقَدَّمٌ عَلى صَاحِبِ العِتْقِ الثَّانِي كَمَا لوْ كَانَا وَلَيْسَ مَعَهُمَا عِتْقٌ آخَرُ وَتَقَدَّمَتْ الْمُحَابَاةُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لوْ اسْتَرَدَّ ذَلِكَ مِنْهُ لاسْتَرَدَّ مِنْهُ صَاحِبُ العِتْقِ الأَوَّل؛ لأَنَّ حَقَّ العِتْقِ الأَوَّل، وَحَقَّ الْمُحَابَاة سَوَاءٌ فِي الثُّلُث فَيُؤَدِّي إلى الدَّوْر، وَإِنْ نَقَضَ صَاحِبُ الْمُحَابَاة البَيْعَ لِمَا لزِمَهُ مِنْ زِيَادَة الثَّمَنِ كَانَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُعْتَقَيْن نِصْفَيْنِ لاسْتِوَاءِ حَقِّهِمَا.

قَال (وَمَن أَوصَى بِأَن يُعتَقَ عَنهُ بِهَذِهِ المِائَةِ عَبدٌ فَهَلكَ مِنهَا دِرهَمٌ لم يُعتَق عَنهُ بِمَا بَقِيَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ الله، وَإِن كَانَت وَصِيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يَحُجُّ عَنهُ بِمَا بَقِيَ مِن حَيثُ يَبلُغُ، وَإِن لم يَهلك مِنهَا وَبَقِيَ شَيءٌ مِن الحَجَّةِ يُرَدُّ عَلى الوَرَثَةِ. وَقَالا: يُعتَقُ عَنهُ بِمَا بَقِيَ) لأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِنَوعِ قُربَةٍ فَيَجِبُ تَنفِيذُهَا مَا أَمكَنَ اعتِبَارًا بِالوَصِيَّةِ بِالحَجِّ. وَلهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالعِتقِ لِعَبدٍ يَشتَرِي بِمِائَةٍ وَتَنفِيذُهَا فِيمَن يَشتَرِي بِأَقَل مِنهُ تَنفِيذٌ لِغَيرِ المُوصَى لهُ، وَذَلكَ لا يَجُوزُ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ بِالحَجِّ لأَنَّهَا قُربَةٌ مَحضَةٌ وَهِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالى وَالمُستَحَقُّ لم يَتَبَدَّل فَصَارَ كَمَا إذَا أَوصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ فَهَلكَ بَعضُهَا يَدفَعُ البَاقِيَ إليهِ.

وَقِيل هَذِهِ المَسأَلةُ بِنَاءٌ عَلى أَصلٍ آخَرَ مُختَلفٍ فِيهِ وَهُوَ أَنَّ العِتقَ حَقُّ اللهِ تَعَالى عِندَهُمَا حَتَّى تُقبَل الشَّهَادَةُ عَليهِ مِن غَيرِ دَعوَى فَلم يَتَبَدَّل المُستَحَقُّ، وَعِندَهُ حَقُّ العَبدِ حَتَّى لا تُقبَل البَيِّنَةُ عَليهِ مِن غَيرِ دَعوَى، فَاختَلفَ المُستَحَقُّ وَهَذَا أَشبَهُ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذه المِائَة عَبْدٌ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنْ الحُجَّة يُرَدُّ عَلى الوَرَثَةِ) قَال الإِمَامُ الكِنَانِيُّ: إلا أَنْ يَكُونَ الْمُوصِي جَعَل الفَضْل

للذي حجَّ عَنْهُ فَيكُونُ لهُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا أَشْبَهُ) يَعْنِي إلى الصَّوَاب؛ لأَنَّهُ ثَبتَ بالدَّليل أَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ عِنْدَهُ فَيحْلفُ المُسْتَحِقُّ إذَا هَلَكَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ وَتُرَدُّ المائَةُ إلى وَرَثَته.

قَال (وَمَن تَرَكَ ابنَينِ وَمِائَةَ دِرهَمٍ وَعَبدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِرهَمٍ وَقَد كَانَ أَعتَقَهُ فِي مَرَضِهِ فَأَجَازَ الوَارِثَانِ ذَلكَ لم يَسعَ فِي شَيءٍ) لأَنَّ العِتقَ فِي مَرَضِ المَوتِ وَإِن كَانَ فِي حُكمِ الوَصِيَّةِ وَقَد وَقَعَت بِأَكثَرَ مِن الثُّلُثِ إلا أَنَّهَا تَجُوزُ بِإِجَازَةِ الوَرثَةِ، لأَنَّ الامتِنَاعَ لحِقِّهِم وَقَد أَسقَطُوهُ.

قَال (وَمَن أَوصَى بِعِتقِ عَبدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَجَنَى جِنَايَةً وَدَفَعَ بِهَا بَطَلت الوَصِيَّةُ) لأَنَّ الدَّفعَ قَد صَحَّ لمَا أَنَّ حَقَّ وَليِّ الجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ عَلى حَقِّ المُوصِي، فَكَذَلكَ عَلى حَقِّ المُوصَى لهُ لأَنَّهُ يَتَلقَّى المِلكَ مِن جِهَتِهِ إلا أَنَّ مِلكَهُ فِيهِ بَاقٍ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالدَّفعِ فَإِذَا خَرَجَ بِهِ عَن مِلكِهِ بَطَلت الوَصِيَّةُ كَمَا إذَا بَاعَهُ المُوصِي أَو وَارِثُهُ بَعدَ مَوتِهِ، فَإِن فَدَاهُ الوَرَثَةُ كَانَ الفِدَاءُ فِي مَالِهِم لأَنَّهُم هُم الذِينَ التَزَمُوهُ، وَجَازَت الوَصِيَّةُ لأَنَّ العَبدَ طَهُرَ عَن الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ كَأَنَّهُ لم يَجنِ فَتَنفُذُ الوَصِيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بعتْقِ عَبْدِه) أَيْ بإعْتَاقِ عَبْده. وَقَوْلُهُ (؛ لأَنَّهُ يَتَلقَّى الملكَ منْ جهَته) أَيْ؛ لأَنَّ المُوصَى لهُ يَتَلقَّى الملكَ منْ جهَة المُوصِي (إلا أَنَّ ملكَهُ) أَيْ: ملكَ المُوصِي (بَاقٍ) فِيه لحَاجَته حَتَّى لوْ كَانَ العَبْدُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منْ الوَرَثَة لمْ يَعْتقْ عَليْهمْ لمَا بَيَّنَّا أَنَّ ملكَ المَيِّت فيه بَاقٍ بَعْدُ لحَاجَته (وَإِنَّمَا يَزُولُ) ملكُهُ (بالدَّفْع فَإِذَا خَرَجَ به) أَيْ بالدَّفْع عَنْ ملكه بَطَلتْ الوَصِيَّةُ، كَمَا إذَا بَاعَهُ المُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ وَفَاته بسَبَب الدَّيْن. (فَإِنْ فدَاهُ الوَرَثَةُ كَانَ الفدَاءُ في أَمْوَالهمْ) أَيْ: كَانُوا مُتَبَرِّعِينَ فِيمَا فَدَوْهُ به.

قَال (وَمَن أَوصَى بِثُلُثِ مَالهِ لآخَرَ فَأَقَرَّ المُوصَى لهُ وَالوَارِثُ أَنَّ المَيِّتَ أَعتَقَ هَذَا العَبدَ فَقَال المُوصَى لهُ أَعتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَقَال الوَارِثُ أَعتَقَهُ فِي المَرَضِ فَالقَولُ قَولُ الوَارِثِ، وَلا شَيءَ للمُوصَى لهُ إلا أَن يَفضُلَ مِن الثُّلُثِ شَيءٌ أَو تَقُومَ لهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتقَ فِي الصِّحَّةِ) لأَنَّ المُوصَى لهُ يَدَّعِي استِحقَاقَ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن التَّركَةِ بَعدَ العِتقِ لأَنَّ العِتقَ فِي الصِّحَّةِ ليسَ بِوَصِيَّةٍ وَلهَذَا يَنفُذُ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَالوَارِثُ يُنكِرُ لأَنَّ مُدَّعَاهُ العِتقُ فِي

المَرض وهُوَ وصيةٌ.

وَالعِتقُ فِي المَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلى الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ فكَانَ مُنكِرًا، وَالقَولُ قَولُ المُنكِرِ مَعَ اليَمِينِ؛ وَلأَنَّ العِتقَ حَادِثٌ وَالحَوَادِثُ تُضَافُ إلى أقرَبِ الأوقَاتِ للتَّيَقُّنِ بِهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا للوَارِثِ فَيَكُونُ القَولُ قَولهُ مَعَ اليَمِينِ، إلا أَن يَفضُلَ شَيءٌ مِن الثُّلُثِ عَلى قِيمَةِ العَبدِ لأنَّهُ لا مُزَاحِمَ لهُ فِيهِ أَو تَقُومَ لهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتقَ فِي الصِّحَّةِ لأَنَّ الثَّابِتَ بِالبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً وَهُوَ خَصمٌ فِي إقَامَتِهَا لإثبَاتِ حَقِّهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لآخَرَ) وَاضِحٌ.

قَال (وَمَن تَرَكَ عَبدًا فَقَال للوَارِثِ أَعتَقَنِي أَبُوك فِي الصِّحَّةِ وَقَال رَجُلٌ لي عَلى أَبِيكَ أَلفُ دِرهَمٍ فَقَال صَدَقتُمَا فَإِنَّ العَبدَ يَسعَى فِي قِيمَتِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالا: يَعتِقُ وَلا يَسعَى فِي شَيءٍ لأنَّ الدَّينَ وَالعِتقَ فِي الصِّحَّةِ ظَهَرَا مَعًا بِتَصدِيقِ الوَارِثِ فِي كَلامٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مَعًا، وَالعِتقُ فِي الصِّحَّةِ لا يُوجِبُ السِّعَايَةَ وَإِن كَانَ عَلى المُعتَقِ دَينٌ. وَلهُ أَنَّ الإِقرَارَ بِالدَّينِ أَقوَى لأَنَّهُ يُعتَبَرُ مِن جَمِيعِ المَالِ.

وَالإِقرَارُ بِالعِتقِ فِي المَرَضِ يُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ، وَالأَقوَى يَدفَعُ الأَدنَى، فَقَضِيَّتُهُ أَن يَبطُلَ العِتقُ أَصلا إلا أَنَّهُ بَعدَ وُقُوعِهِ لا يَحتَمِلُ البُطلانَ فَيُدفَعُ مِن حَيثُ المَعنَى بِإِيجَابِ السِّعَايَةِ، وَلأَنَّ الدَّينَ أَسبَقُ لأَنَّهُ لا مَانِعَ لهُ مِن الاستِنَادِ فَيَستَنِدُ إلى حَالةِ الصِّحَّةِ، وَلا يُمكِنُ إسنَادُ العِتقِ إلى تِلكَ الحَالةِ لأَنَّ الدَّينَ يَمنَعُ العِتقَ فِي حَالةِ المَرَضِ مَجَّانًا فَتَجِبُ السِّعَايَةُ، وَعَلى هَذَا الخِلافُ إذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلفَ دِرهَمٍ فَقَال رَجُلٌ لي عَلى المَيِّتِ أَلفُ دِرهَمٍ دَينٌ وَقَال الآخَرُ كَانَ لي عِندَهُ أَلفُ دِرهَمٍ وَدِيعَةً فَعِندَهُ الوَدِيعَةُ أَقوَى وَعِندَهُمَا سَوَاءٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُعْتَقِ دَيْنٌ) يَعْنِي أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَسْعَ الْعَبْدُ فِي شَيْءٍ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الإِقْرَارَ بِهَذَيْنِ الأَمْرَيْنِ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ إنَّمَا يَمْنَعُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ أَنْ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُتَأَخِّرًا عَنْ الآخَرِ فَيَمْنَعُ الْمُتَقَدِّمُ الْمُتَأَخِّرَ، وَهَاهُنَا لَمَّا حَصَلا مَعًا بِتَصْدِيقٍ وَاحِدٍ بِقَوْلِهِ صَدَقْتُمَا جُعِلَ كَأَنَّ الأَمْرَيْنِ كَانَا وَثَبَتَا بِالْبَيِّنَةِ

فَيَثْبُتَانِ مَعًا كَذَلِكَ.

(وَلَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ) أَيْ وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ أَقْوَى عَلَى مَا ذُكِرَ. وَالثَّانِي: أَنَّ العِتْقَ لا يُمْكِنُ إِسْنَادُهُ إِلَى حَالَةِ الصِّحَّةِ فَكَذَلِكَ ثَبَتَ الدَّيْنُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَيَثْبُتُ العِتْقُ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ لا مِنْ حَيْثُ المَعْنَى؛ لأَنَّ إِعْتَاقَ المَرِيضِ المَدْيُونِ يَرُدُّ مِنْ حَيْثُ المَعْنَى وُجُوبَ السِّعَايَةِ، وَصَارَ تَصْدِيقُ الوَارِثِ بِمَنْزِلَةِ تَصْدِيقِ المَيِّتِ.

وَلَوْ **قَالَ العَبْدُ لِمَوْلاهُ المَرِيضِ أَعْتَقْتَنِي فِي صِحَّتِكَ وَقَالَ رَجُلٌ آخَرُ: لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ فَقَالَ المَرِيضُ صَدَقْتُمَا** عَتَقَ العَبْدُ وَيَسْعَى فِي قِيمَتِهِ لِلْغَرِيمِ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إلخ) لَهُمَا أَنَّ الوَدِيعَةَ لَمْ تَظْهَرْ إِلا وَالدَّيْنُ ظَاهِرٌ مَعَهَا فَيَتَحَاصَّانِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ ثُمَّ الوَدِيعَةِ؛ إِذْ الإِقْرَارُ مِنْ الوَارِثِ بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ يَتَنَاوَلُ التَّرِكَةَ لا الذِّمَّةَ فَقَدْ وَقَعَا مَعًا، بِخِلافِ المُورِثِ. وَلَهُ أَنَّ حَقَّهُ يَثْبُتُ فِي عَيْنِ الأَلْفِ مُقَارِنًا لِثُبُوتِ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ وَعِنْدَ انْتِقَالِهَا مِنْهَا إِلَى الأَلْفِ كَانَ الأَلْفُ مُسْتَحَقًّا الوَدِيعَةِ كَمَا لَوْ كَانَ المُورِثُ حَيًّا وَقَالا لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ صَدَقْتُمَا، وَالاخْتِلافُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ ذُكِرَ عَلَى عَكْسِ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ فِي عَامَّةِ الكُتُبِ.

فصل

(أَوصَى بِوَصَايَا مِن حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى) قَالَ (وَمَن أَوصَى بِوَصَايَا مِن حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى قُدِّمَت الفَرَائِضُ مِنهَا قَدَّمَهَا المُوصِي أَو أَخَّرَهَا مِثل الحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالكَفَّارَاتِ) لأَنَّ الفَرِيضَةَ أَهَمُّ مِن النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنهُ البُدَاءَةُ بِمَا هُوَ الأَهَمُّ (فَإِن تَسَاوَت فِي القُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنهَا الثُّلُثُ) لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبتَدِئُ بِالأَهَمِّ.

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَبتَدِئُ بِالزَّكَاةِ وَيُقَدِّمُهَا عَلَى الحَجِّ وَهُوَ إِحدَى الرِّوَايَتَينِ عَن أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنهُ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الحَجَّ وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ. وَجهُ الأُولَى أَنَّهُمَا وَإِن استَوَيَا فِي الفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ العِبَادِ فَكَانَ أَولَى.

وَجهُ الأُخرَى أَنَّ الحَجَّ يُقَامُ بِالمَالِ وَالنَّفسِ وَالزَّكَاةُ بِالمَالِ قَصرًا عَلَيهِ فَكَانَ الحَجُّ أَقوَى، ثُمَّ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ وَالحَجُّ عَلَى الكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيهَا فِي القُوَّةِ، إِذ قَد جَاءَ فِيهِمَا مِن الوَعِيدِ مَا لَم يَأتِ فِي الكَفَّارَاتِ، وَالكَفَّارَةُ فِي القَتلِ وَالظِّهَارِ وَاليَمِينِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى

صَدَقَةِ الفِطرِ لأنَّهُ عُرِفَ وُجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الفِطرِ، وَصَدَقَةُ الفِطرِ مُقَدَّمَةٌ عَلى الأُضحِيَّةِ للاتِّفَاقِ عَلى وُجُوبِهَا بِالقُرآنِ وَالاختِلافِ فِي الأُضحِيَّةِ، وَعَلى هَذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعضُ الوَاجِبَاتِ عَلى البَعضِ.

الشرح:

(**فَصلٌ**): قَدَّمَ بَابَ العِتْقِ فِي المَرَضِ عَلى هَذَا الفَصْل لقُوَّة العِتْقِ فِي المَرَضِ؛ لأَنَّهُ لا يَلحقُهُ الفَسْخُ، بخلاف مَسَائِل هَذَا الفَصْل.

اعْلَمْ أَنَّ مَنْ مَاتَ وَعَلَيْه **حُقُوقُ الله تَعَالى مِنْ صَلاة أَوْ صِيَامٍ أَوْ زَكَاة أَوْ حَجٍّ أَوْ كَفَّارَة أَوْ نَذْرٍ أَوْ صَدَقَة فِطْرٍ**، فَإِمَّا أَنْ يُوصِيَ بِهَا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ لَمْ تُؤْخَذْ مِنْ تَرِكَتِه وَلَمْ تُجْبَرْ الوَرَثَةُ عَلى إِخْرَاجِهَا لكِنْ لَهُمْ أَنْ يَتَبَرَّعُوا بِذَلكَ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّل يَنْفُذُ مِنْ ثُلُث مَاله عِنْدَنَا.

ثُمَّ الوَصَايَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ كُلُّهَا لله تَعَالى، أَوْ كُلُّهَا للعبَاد أَوْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَا للعبَاد خَاصَّةً تَقَدَّمَ ذكْرُهَا، وَمَا لله تَعَالى إِمَّا أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ فَرَائِضَ كَالزَّكَاة وَالحَجِّ وَالصَّوْمِ وَالصَّلاة، أَوْ وَاجبَات كَالكَفَّارَات وَالنُّذُورِ وَصَدَقَة الفطْرِ، أَوْ كُلُّهُ تَطَوُّعًا كَالحَجِّ التَّطَوُّعِ، وَالصَّدَقَةُ عَلى الفُقَرَاء، وَمَا أَشْبَهَهُمَا.

أَوْ يُجْمَعُ بَيْنَ هَذه الوَصَايَا كُلِّهَا بِأَنْ جَمَعَ بَيْنَهَا وَالثُّلُثُ يَحْتَملُ ذَلكَ تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ كُلُّهَا منْ ثُلُث مَاله، وَكَذَلكَ إِنْ لَمْ يَحْتَمل ذَلكَ وَلكنْ أَجَازَتْ الوَرَثَةُ.

وَإِنْ لَمْ يُجِيزُوهَا فَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا لله وَهِيَ فَرَائِضُ كُلُّهَا أَوْ وَاجبَاتٌ كُلُّهَا أَوْ تَطَوُّعٌ يُبْدَأُ بِمَا بَدَأَ به المَيِّتُ، وَإِنْ اخْتَلطَتْ يُبْدَأُ بِالفَرَائِضِ قَدَّمَهَا المُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا مثْل الحَجِّ وَالزَّكَاة وَالكَفَّارَات؛ لأَنَّ الفَرِيضَةَ أَهَمُّ منْ النَّافلة، وَالظَّاهرُ منْهُ البُدَاءَةُ بِمَا هُوَ أَهَمُّ وَإِنْ تَسَاوَتْ فِي القُوَّة: يَعْنِي أَنْ يَكُونَ الكُلُّ فَرْضًا أَوْ وَاجبًا أَوْ تَطَوُّعًا كَمَا ذَكَرْنَا بُدئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي؛ لأَنَّ الظَّاهرَ أَنَّهُ يَبْتَدئُ بالأَهَمِّ.

فَإِنْ قِيلَ: أَيْنَ ذَهَبَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد وَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْديمِ فِي الذِّكْرِ فَإِنَّهُ لا يُوجبُ التَّقْديمَ فِي الثُّبُوت، فَفِي هَذه المَسْأَلة حُجَّةٌ لأَبِي حَنِيفَةَ رَحمَهُ اللهُ عَلَيْهِمَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا مُخْتَصٌّ بِحُقُوق الله تَعَالى لكَوْن صَاحب الحَقِّ وَاحدًا، وَأَمَّا إِذَا تَعَدَّدَ المُسْتَحِقُّ فَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْديمِ، كَمَا لَوْ أَوْصَى بِثُلُثه لإِنْسَانٍ ثُمَّ أَوْصَى بِثُلُثه لآخَرَ.

وَقَوْلُهُ (فَالزَّكَاةُ تَعَلقَ بِهَا حَقُّ العِبَادِ) يَعْنِي بِاعْتِبَارِ أَنَّ الفَقِيرَ حَقُّهُ فِي القَبْضِ ثَابِتٌ فَكَانَ مُمْتَزِجًا بِحَقَّيْنِ.

وَقَوْلُهُ (إِذَا جَاءَ فِيهِمَا مِنْ الوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الكَفَّارَاتِ) أَمَّا فِي الزَّكَاةِ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ ﴾ [التوبة: ٣٤]، وَأَمَّا فِي الحَجِّ فَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ [آل عمران: ٩٧] مَكَانَ قَوْلِهِ وَمَنْ لَمْ يَحُجَّ، وَقَوْلُهُ ﷺ «**مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ حَجَّةُ الإِسْلامِ إِنْ شَاءَ مَاتَ يَهُودِيًّا**» الحَدِيثَ.

وَقَوْلُهُ (وَالكَفَّارَةُ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَاليَمِينِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الفِطْرِ) تَرَكَ كَفَّارَةَ الإِفْطَارِ؛ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مُقَدَّمَةً عَلَى صَدَقَةِ الفِطْرِ؛ لِثُبُوتِهَا بِخَبَرِ الوَاحِدِ، وَثُبُوتِ صَدَقَةِ الفِطْرِ بِآثَارٍ مُسْتَفِيضَةٍ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الوَاجِبَاتِ عَلَى البَعْضِ) فَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ تَقَدُّمَ صَدَقَةِ الفِطْرِ عَلَى النَّذْرِ لِكَوْنِهَا وَاجِبَةً بِإِيجَابِ الشَّرْعِ وَالنَّذْرُ وَاجِبٌ بِإِيجَابِ العَبْدِ، وَالنُّذُورُ تُقَدَّمُ عَلَى الأُضْحِيَّةِ؛ لِوُقُوعِ الاخْتِلافِ فِي وُجُوبِهَا دُونَ وُجُوبِ النُّذُورِ.

قَالَ (وَمَا لَيسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنهُ مَا قَدَّمَهُ المُوصِي) لِمَا بَيَّنَّا وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِذَلِكَ. قَالُوا: إِنَّ الثُّلُثَ يُقسَمُ عَلَى جَمِيعِ الوَصَايَا مَا كَانَ للهِ تَعَالَى وَمَا كَانَ لِلعَبدِ، فَمَا أَصَابَ القُرَبَ صُرِفَ إِلَيهَا عَلَى التَّرتِيبِ الذِي ذَكَرنَاهُ وَيُقسَمُ عَلَى عَدَدِ القُرَبِ وَلا يُجعَلُ الجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، لأَنَّهُ إِن كَانَ المَقصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضًا للهِ تَعَالَى فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفسِهَا مَقصُودٌ فَتَنفَرِدُ كَمَا تَنفَرِدُ وَصَايَا الآدَمِيِّينَ.

قَالَ (وَمَن أَوصَى بِحَجَّةِ الإِسلامِ أَحَجُّوا عَنهُ رَجُلا مِن بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا) لأَنَّ الوَاجِبَ للهِ تَعَالَى الحَجُّ مِن بَلَدِهِ وَلِهَذَا يُعتَبَرُ فِيهِ مِنَ المَالِ مَا يَكفِيهِ مِن بَلَدِهِ وَالوَصِيَّةُ لأَدَاءِ مَا هُوَ الوَاجِبُ عَلَيهِ وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا لأَنَّهُ لا يَلزَمُهُ أَن يَحُجَّ مَاشِيًا فَانصَرَفَ إِلَيهِ عَلَى الوَجهِ الذِي وَجَبَ عَلَيهِ.

قَالَ (فَإِن لَم تَبلُغ الوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ أَحَجُّوا عَنهُ مِن حَيثُ تَبلُغُ) وَفِي القِيَاسِ لا يَحُجُّ عَنهُ، لأَنَّهُ أَمَرَ بِالحَجَّةِ عَلَى صِفَةٍ عَدِمنَاهَا فِيهِ، غَيرَ أَنَّا جَوَّزنَاهُ لأَنَّا نَعلَمُ أَنَّ المُوصِيَ قَصَدَ تَنفِيذَ الوَصِيَّةِ فَيَجِبُ تَنفِيذُهَا مَا أَمكَنَ وَالمُمكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرنَاهُ، وَهُوَ أَولَى مِن إِبطَالِهَا رَأسًا، وَقَد فَرَّقنَا بَينَ هَذَا وَبَينَ الوَصِيَّةِ بِالعِتقِ مِن قَبلُ.

الشرح:

(وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالأَهَمِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِذَلِكَ وَقَالَ «**ابْدَءُوا بِمَا بَدَأْت بِهِ**»، وَلَوْ قَالَ كَذَلِكَ لَزِمَ تَقْدِيمُ مَا قَدَّمَ فَكَذَا هَذَا وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالأَفْضَلِ فَالأَفْضَلِ يُبْدَأُ بِالصَّدَقَةِ ثُمَّ بِالْحَجِّ ثُمَّ بِالْعِتْقِ مَثَلا سَوَاءٌ رَتَّبَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ أَوْ لَمْ يُرَتِّبْ، وَمَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا قَالُوا: إِنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ عَلَى جَمِيعِ الْوَصَايَا مَا كَانَ للهِ وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ.

وَتُجْعَلُ كُل جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبَةِ مُفْرَدَةً بِالضَّرْبِ وَيُقْسَمُ عَلَى عَدَدِهَا، فَإِذَا **قَالَ ثُلُثُ مَالِي فِي الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَلِزَيْدٍ** يُقْسَمُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ؛ لأَنَّ الْمَقْصُودَ بِجَمِيعِهَا وَإِنْ كَانَ مُتَّحِدًا وَهُوَ رِضَا اللهِ فَكُلٌّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودَةٌ فَتُفْرَدُ كَمَا تُفْرَدُ وَصَايَا الآدَمِيِّينَ فَإِنَّ الْجَمِيعَ مِنْهَا، وَإِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْقُرْبَةَ إِذَا أَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ، وَابْنِ السَّبِيلِ لَكِنْ يُجْعَلُ لِكُلِّ جِهَةٍ سَهْمٌ عَلَى حِدَةٍ فَكَذَا هَذَا. قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الإِسْلامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلا مِنْ بَلَدِهِ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ قَبْلَ هَذَا الْفَصْلِ بِقَوْلِهِ: وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِعِتْقِ عَبْدٍ يُشْتَرَى بِمِائَةٍ إلخ.

قَالَ (وَمَن خَرَجَ مِن بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ وَأَوصَى أَن يَحُجَّ عَنهُ يَحُجُّ عَنهُ مِن بَلَدِهِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ. يَحُجُّ عَنهُ مِن حَيثُ بَلَغَ استِحسَانًا، وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا مَاتَ الحَاجُّ عَن غَيرِهِ فِي الطَّرِيقِ. لَهُمَا أَنَّ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الحَجِّ وَقَعَ قُربَةً وَسَقَطَ فَرضُ قَطعِ المَسَافَةِ بِقَدرِهِ وَقَد وَقَعَ أَجرُهُ عَلَى اللهِ فَيَبتَدِئُ مِن ذَلكَ المَكَانِ كَأَنَّهُ مِن أَهلِهِ، بِخِلافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ لأَنَّهُ لم يَقَع قُربَةً فَيَحُجُّ عَنهُ مِن بَلَدِهِ. وَلَهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَنصَرِفُ إِلَى الحَجِّ مِن بَلَدِهِ عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ أَدَاءً لِلوَاجِبِ عَلَى الوَجهِ الذِي وَجَبَ، وَاللهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا) قَيَّدَ بِهِ؛ لأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ لِلتِّجَارَةِ يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ بِالاتِّفَاقِ وَسَيَذْكُرُهُ بُعَيْدَ هَذَا. قِيلَ هَذَا الْخِلافُ فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ وَطَنٌ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ

يَكُنْ فَيُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ مَاتَ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّهُ لَوْ تَجَهَّزَ بِنَفْسِهِ لَتَجَهَّزَ مِنْ حَيْثُ هُوَ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا أَنَّ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً إلخ) مَدْفُوعٌ بِقَوْلِهِ ﷺ «**كُلُّ عَمَلِ ابْنِ آدَمَ يَنْقَطِعُ بِمَوْتِهِ إلا ثَلاثَةً**» فَإِنَّ الخُرُوجَ لِلحَجِّ لَيْسَ مِنْهُ.

وَرُدَّ بِأَنَّ **المُكَفِّرَ إِذَا أَطْعَمَ بَعْضَ المَسَاكِينِ وَمَاتَ فَأَوْصَى** وَجَبَ الإِكْمَالُ بِمَا بَقِيَ بِالاتِّفَاقِ وَلَمْ يَنْقَطِعْ مَا أَطْعَمَهُ بِالمَوْتِ، ذَكَرَهُ فِي الأَسْرَارِ، فَمَا هُوَ جَوَابُ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ ذَلِكَ فَهُوَ جَوَابُنَا عَنِ الحَجِّ.

وَأُجِيبَ بِالفَرْقِ بِأَنَّ سَفَرَ الحَجِّ لا يَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ الآمِرِ، بِدَلِيلِ أَنَّ الأَوَّلَ إِذَا بَدَا لَهُ فِي الطَّرِيقِ أَنْ لا يَحُجَّ بِنَفْسِهِ بَعْدَمَا مَشَى بَعْضَ الطَّرِيقِ وَفَوَّضَ الأَمْرَ إِلَى غَيْرِهِ بِرِضَا الوَصِيِّ لَمْ يَجُزْ وَلَزِمَهُ رَدُّ مَا أَنْفَقَهُ، وَأَمَّا الإِطْعَامُ فَإِنَّهُ يَقْبَلُ التَّجْزِيءَ.

حَتَّى أَنَّ المَأْمُورَ بِالإِطْعَامِ إِذَا أَطْعَمَ البَعْضَ ثُمَّ تَرَكَ البَعْضَ وَأَمَرَ بِهِ غَيْرَهُ فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ، كَذَا فِي الأَسْرَارِ وَهَذَا لَيْسَ بِدَافِعٍ؛ لأَنَّ الحَدِيثَ لَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ المُتَجَزِّئِ وَغَيْرِهِ فِي الانْقِطَاعِ، إلا أَنْ يُقَالَ: التَّجْزِيءُ فِي الإِطْعَامِ مُسْتَنِدٌ إِلَى الكِتَابِ فَإِنَّهُ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ التَّتَابُعُ أَصْلا، حَتَّى لَوْ جَامَعَ فِي خِلالِ الإِطْعَامِ مَثَلا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِعَادَةُ مَا سَبَقَ، وَالكِتَابُ أَقْوَى وَإِنْ كَانَ دَلالَةً فَعَمِلَ بِهِ وَالحَجُّ لَمْ يَكُنْ فِيهِ دَلِيلٌ أَقْوَى مِنَ الحَدِيثِ فَعَمِلَ بِهِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) أَرَادَ بِهِ قَوْلَهُ قُبَيْلَ هَذَا: وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الإِسْلامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلا إلخ.

بَابُ الوَصِيَّةِ لِلأَقَارِبِ وَغَيْرِهِم

قَالَ (وَمَنْ أَوصَى لِجِيرَانِهِ فَهُم المُلاصِقُونَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُم المُلاصِقُونَ وَغَيرُهُم مِمَّن يَسكُنُ مَحَلَةَ المُوصِي وَيَجمَعُهُم مَسجِدُ المَحَلَةِ) وَهَذَا استِحسَانٌ. وَقَولُهُ قِيَاسٌ لأَنَّ الجَارَ مِن المُجَاوَرَةِ وَهِيَ المُلاصَقَةُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يَستَحِقُّ الشُّفعَةَ بِهَذَا الجِوَارِ، وَلأَنَّهُ لَمَّا صَرَفَهُ إِلَى الجَمِيعِ يُصرَفُ إِلَى أَخَصِّ الخُصُوصِ وَهُوَ المُلاصِقُ.

وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ هَؤُلاءِ كُلهُم يُسَمَّونَ جِيرَانًا عُرفًا، وَقَد تَأَيَّدَ بِقَولِهِ ﷺ «لا صَلاةَ لِجَارِ المَسجِدِ إلا فِي المَسجِدِ»[1] وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ مَن سَمِعَ النِّدَاءَ، وَلأَنَّ المَقصِدَ بِرُّ الجِيرَانِ وَاستِحبَابُهُ يَنتَظِمُ المُلاصِقَ وَغَيرَهُ، إلا أَنَّهُ لا بُدَّ مِن الاختِلاطِ وَذَلِكَ عِندَ اتِّحَادِ

---

(١) أخرجه الدارقطني (١/٤٢٠) رقم (٢)، والحاكم في المستدرك (١/٢٤٦).

المَسجِدِ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: الجِوارُ إلى أربعِينَ دارًا بَعِيدٌ، وَمَا يُروى فِيهِ ضَعِيفٌ.

قَالُوا: وَيَستَوِي فِيهِ السَّاكِنُ وَالمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالأنثَى وَالمُسلمُ الذِّمِّيُّ لأنَّ اسمَ الجَارِ يَتَنَاوَلُهُم وَيَدخُلُ فِيهِ العَبدُ السَّاكِنُ عِندَهُ لإطلاقِهِ، وَلا يَدخُلُ عِندَهُمَا لأنَّ الوَصِيَّةَ لهُ وَصِيَّةٌ لمَولاهُ وَهُوَ غيرُ سَاكِنٍ.

الشرح:

(بَابُ الوَصِيَّةِ للأَقَارِبِ وَغَيرِهِم): إنَّمَا أَخَّرَ هَذَا البَابَ عَمَّا تَقَدَّمَهُ؛ لأَنَّ فِي هَذَا البَابِ ذِكْرَ أَحْكَامِ الوَصِيَّةِ لقَوْمٍ مَخْصُوصِينَ، وَفِيمَا تَقَدَّمَهُ ذِكْرُ أَحْكَامِهَا عَلَى وَجْهِ العُمُومِ، وَالخُصُوصُ أَبَدًا يَتْلُو العُمُومَ. قَال (وَمَنْ أَوْصَى لجِيرَانِه فَهُمْ المُلاصِقُونَ) كَانَ حَقُّ الكَلامِ أَنْ يُقَدِّمَ وَصِيَّةَ الأَقَارِبِ نَظَرًا إلى تَرْجَمَةِ البَابِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال الوَاوُ لا تَدُلُّ عَلى التَّرْتِيبِ، وَأَنْ يُقَال فَعَل ذَلكَ اهْتِمَامًا بِأَمْرِ الجَارِ

(قَوْلُهُ لأَنَّهُ لمَّا تَعَذَّرَ صَرْفُهُ إلى الجَمِيعِ) يَعْنِي لعَدَمِ دُخُول جَارِ المَحَلة وَجَارِ القَرْيَةِ وَجَارِ الأَرْضِ صُرِفَ إلى أَخَصِّ الخُصُوصِ وَهُوَ المُلاصِقُ. وَقَوْلُهُ (وَذَلكَ عِنْدَ اتِّحَادِ المَسْجِدِ) قِيل: حَتَّى لوْ كَانَ فِي المَحَلة مَسْجِدَانِ صَغِيرَانِ مُتَقَارِبَانِ فَالجَمِيعُ جِيرَانٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا يُرْوَى فِيهِ ضَعِيفٌ) يَعْنِي مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَال «**الجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا، هَكَذَا وَهَكَذَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ**» إشَارَةً إلى الجَوَانِبِ الأَرْبَعَةِ.

فَإِنْ قِيل: هَذَا خَبَرٌ لا يُعْرَفُ رَاوِيهِ، وَقَال ابْنُ قُدَامَةَ: هَذَا إنْ صَحَّ كَانَ نَصًّا فِي البَابِ وَقَدْ طَعَنَ فِي رَاوِيهِ (قَالُوا: وَيَسْتَوِيَ فِيهِ السَّاكِنُ، وَالمَالكُ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى وَالمُسْلمُ وَالذِّمِّيُّ) قَال مُحَمَّدٌ فِي الزِّيَادَاتِ: وَيَنْبَغِي عَلى قِيَاسِ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَدْخُل السُّكَّانُ تَحْتَ الوَصِيَّةِ مِنْ الجِيرَانِ المُتَلاصِقِينَ وَإِنْ كَانُوا لا يَمْلكُونَ المَسْكَنَ، وَمَنْ كَانَ مَالكًا وَلمْ يَكُنْ سَاكِنًا لا يَدْخُلُ. قَال أَبُو بَكْرِ بْنُ شَاهَوَيْهِ: هَذِهِ كرخدانية مِنْ مُحَمَّدٍ فِي مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَليْسَ كَذَلكَ فَإِنَّهُ بَنَى هَذَا الحُكْمَ عَلى اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ وَهُوَ المُلاكُ. وَأَقُولُ: يَنْبَغِي عَلى قَوْل مُحَمَّدٍ أَنْ لا يَدْخُل الذِّمِّيُّ؛ لأَنَّ المَسْجِدَ لا يَضُمُّهُ إلا إذَا أُرِيدَ بِاتِّحَادِ المَسْجِدِ سَمَاعُ الأَذَانِ.

قَالَ (وَمَن أَوصَى لأَصهَارِهِ فَالوَصِيَّةُ لكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِن امرَأتِهِ) لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعتَقَ كُل مَن مَلكَ مِن ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهَا

إكرامًا لها»[1] وَكَانُوا يُسَمُّونَ أَصهَارَ النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ. وَهَذَا التَّفسِيرُ اختِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيدَةَ، وَكَذَا يَدخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِن زَوجَةِ أَبِيهِ وَزَوجَةِ ابنِهِ وَزَوجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ لأَنَّ الكُل أَصهَارٌ.

وَلو مَاتَ المُوصِي وَالمَرأَةُ فِي نِكَاحِهِ أَو فِي عِدَّتِهِ مِن طَلَاقٍ رَجعِيٍّ فَالصِّهرُ يَستَحِقُّ الوَصِيَّةَ وَإِن كَانَت فِي عِدَّةٍ مِن طَلَاقٍ بَائِنٍ لا يَستَحِقُّهَا لأَنَّ بَقَاءَ الصِّهرِيَّةِ بِبَقَاءِ النِّكَاحِ وَهُوَ شَرطٌ عِندَ المَوتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى **لأَصْهَارِه**) أَيْ: لأَقْرِبَاءِ امْرَأَتِه. قَال فِي الصِّحَاحِ: الأَصْهَارُ أَهْلُ بَيْتِ المَرْأَة، وَإِنَّمَا قَال: وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّد وَأَبِي عُبَيْدَةَ؛ لأَنَّ الصِّهْرَ فِي اللُّغَة يَجِيءُ بِمَعْنَى الخَتَنِ أَيْضًا.وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لا يَسْتَحِقُّهَا) يَعْنِي: وَإِنْ وَرِثَتْ مِنْهُ بِأَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ فِي المَرَضِ.

قَال (وَمَن أَوصَى لأَختَانِهِ فَالوَصِيَّةُ لِزَوجِ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ وَكَذَا مَحَارِمُ الأَزوَاجِ) لأَنَّ الكُل يُسَمَّى خَتَنًا. قِيل هَذَا فِي عُرفِهِم. وَفِي عُرفِنَا لا يَتَنَاوَلُ الأَزوَاجُ المَحَارِمَ، وَيَستَوِي فِيهِ الحُرُّ وَالعَبدُ وَالأَقرَبُ وَالأَبعَدُ. لأَنَّ اللفظَ يَتَنَاوَلُ الكُل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى **لأَخْتَانِه**) يَعْنِي: أَنَّ الأَخْتَانَ تُطْلَقُ عَلى أَزْوَاجِ المَحَارِمِ كَزَوْجِ البِنْتِ وَالأُخْتِ وَالعَمَّة وَالخَالة وَغَيْرِهَا، وَعَلى مَحَارِمِ الأَزْوَاجِ، فَيَكُونُ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ أَزْوَاجِ المَحَارِمِ مِنْ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى كُلُّهُمْ فِي قِسْمَة الثُّلُث سَوَاءً.

قَال (وَمَن أَوصَى لأَقَارِبِهِ فَهِيَ لِلأَقرَبِ فَالأَقرَبِ مِن كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ، وَلا يَدخُلُ فِيهِ الوَالِدَانِ وَالوَلَدُ وَيَكُونُ ذَلكَ للاثنَينِ فَصَاعِدًا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَال صَاحِبَاهُ: الوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَن يُنسَبُ إِلى أَقصَى أَبٍ لهُ فِي الإِسلامِ) وَهُوَ أَوَّلُ أَبٍ أَسلمَ أَو أَوَّلُ أَبٍ أَدرَكَ الإِسلامَ وَإِن لم يُسلم عَلى حَسَبِ مَا اختَلفَ فِيهِ المَشَايِخُ. وَفَائِدَةُ الاختِلافِ تَظهَرُ فِي أَولادِ أَبِي طَالبٍ فَإِنَّهُ أَدرَكَ الإِسلامَ وَلم يُسلم. لهُمَا أَنَّ القَرِيبَ مُشتَقٌّ مِن القَرَابَةِ فَيَكُونُ اسمًا لمَن قَامَت بِهِ فَيَنتَظِمُ بِحَقِيقَةِ مَوَاضِعِ الخِلافِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٣١)، وأحمد (٦/٢٧٧).

وَلهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ أُختُ المِيرَاثِ، وَفِي المِيرَاثِ يُعتَبَرُ الأَقرَبُ فَالأَقرَبُ، وَالمُرَادُ بِالجَمعِ المَذكُورِ فِيهِ اثنَانِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ، وَالمَقصِدُ مِن هَذِهِ الوَصِيَّةِ تَلاقِي مَا فَرَطَ فِي إِقَامَةِ وَاجِبِ الصِّلَةِ وَهُوَ يَختَصُّ بِذِي الرَّحِمِ المَحرَمِ مِنهُ، وَلا يَدخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الوِلادِ فَإِنَّهُم لا يُسَمُّونَ أَقرِبَاءَ، وَمَن سَمَّى وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنهُ عُقُوقًا، وَهَذَا لأَنَّ القَرِيبَ فِي عُرفِ اللِّسَانِ مَن يَتَقَرَّبُ إِلى غَيرِهِ بِوَسِيلَةِ غَيرِهِ، وَتَقَرُّبُ الوَالِدِ وَالوَلَدِ بِنَفسِهِ لا بِغَيرِهِ، وَلا مُعتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفظِ بَعدَ انعِقَادِ الإِجمَاعِ عَلَى تَركِهِ، فَعِندَهُ يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرنَاهُ، وَعِندَهُمَا بِأَقصَى الأَبِ فِي الإِسلامِ، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ بِالأَبِ الأَدنَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى **لأَقَارِبِه**) يَعْنِي تَصرَّفَ إِلى اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الأَقْرَبَ فَالأَقْرَبَ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ جِهَةِ الأَبِ أَوْ الأُمِّ غَيْرِ الوَالِدَيْنِ وَالوَلَدِ إِذَا لَمْ يَكُونُوا وَارِثِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَفَائِدَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فِي آلِ أَبِي طَالِبٍ) يَعْنِي أَنَّ المُوصِيَ إِذَا كَانَ عَلوِيًّا فَعَلى القَوْلِ الأَوَّلِ أَقْصَى الأَبِ عَلِيٌّ فَلا يَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ أَوْلادُ عَقِيلٍ وَجَعْفَرٍ.

وَعَلى القَوْلِ الثَّانِي أَقْصَى الأَبِ أَبُو طَالِبٍ؛ لأَنَّهُ أَدْرَكَ الإِسْلامَ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ فَيَدْخُلُ فِيهِ أَوْلادُ عَقِيلٍ وَجَعْفَرٍ، وَبَقِيَّةُ كَلامِهِ وَاضِحٌ إِلى قَوْلِه وَلا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الإِجْمَاعِ عَلى تَرْكِه وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّ القَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنْ القَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِه وَبَيْنَ كَوْنِه مَتْرُوكًا بِالإِجْمَاعِ بِقَوْلِه (فَإِنَّ عِنْدَهُ) أَيْ: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ الأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ بِالقُيُودِ السِّتَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا.

(وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَى أَبٍ لهُ فِي الإِسْلامِ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالأَبِ الأَدْنَى) وَمَا كَانَ مَتْرُوكًا بِالإِجْمَاعِ لا يَصِحُّ الاسْتِدْلال بِه لا مَحَالةَ.

قَال (وَإِذَا أَوصَى لأَقَارِبِهِ وَلهُ عَمَّانِ وَخَالانِ فَالوَصِيَّةُ لِعَمَّيهِ) عِندَهُ اعتِبَارٌ لِلأَقرَبِ كَمَا فِي الإِرثِ، وَعِندَهُمَا بَينَهُم أَربَاعًا إِذ هُمَا لا يَعتَبِرَانِ الأَقرَبَ (وَلو تَرَكَ عَمًّا وَخَالَينِ فَلِلعَمِّ نِصفُ الوَصِيَّةِ وَالنِّصفُ لِلخَالَينِ) لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن اعتِبَارِ مَعنَى الجَمِيعِ وَهُوَ الاثنَانِ فِي الوَصِيَّةِ كَمَا فِي المِيرَاثِ بِخِلافِ مَا إِذَا أَوصَى لِذِي قَرَابَتِهِ حَيثُ يَكُونُ لِلعَمِّ كُلُّ الوَصِيَّةِ، لأَنَّ اللَّفظَ لِلفَردِ فَيُحرِزُ الوَاحِدُ كُلَّهَا إِذ هُوَ الأَقرَبُ، وَلو كَانَ لهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ

الثُّلُثُ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

وَلو تَرَكَ عمًّا وعَمَّةً وَخَالا وَخَالةً فَالوَصِيَّةُ للعَمِّ وَالعمَّةِ بَينَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ لاستِوَاءِ قَرَابَتِهِمَا وَهِيَ أَقوَى، وَالعَمَّةُ وَإِن لم تَكُن وَارِثَةً فَهِيَ مُستَحِقَّةٌ للوَصِيَّةِ كَمَا لو كَانَ القَرِيبُ رَقِيقًا أَو كَافِرًا، وَكَذَا إِذَا أَوصَى لذَوِي قَرَابَتِهِ أَو لأَقرِبَائِهِ أَو لأَنسِبَائِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا، لأَنَّ كُلَّ ذَلكَ لفظُ جَمعٍ، وَلو انعَدَمَ المَحرَمُ بَطَلَت الوَصِيَّةُ لأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهَذَا الوَصفِ.

قَالَ: (وَمَن أَوصَى لأَهل فُلانٍ فَهِيَ عَلَى زَوجَتِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَن يَعُولُهُم وَتَضُمُّهُم نَفَقَتُهُ اعتِبَارًا للعُرفِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣] وَلَهُ أَنَّ اسمَ الأَهل حَقِيقَةٌ فِي الزَّوجَةِ يَشهَدُ بِذَلكَ قَوله تَعَالَى ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص: ٢٩] وَمِنهُ قَولُهُم تَأَهَّل بِبَلدَةِ كَذَا، وَالمُطلَقُ يَنصَرِفُ إِلى الحَقِيقَةِ.

قَالَ: (وَلو أَوصَى لآل فُلانٍ فَهُوَ لأَهل بَيتِهِ) لأَنَّ الآلَ القَبِيلَةُ الَّتِي يُنسَبُ إِليهَا، وَلو أَوصَى لأَهل بَيتِ فُلانٍ يَدخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ لأَنَّ الأَبَ أَصلُ البَيتِ، وَلو أَوصَى لأَهل نَسَبِهِ أَو لجِنسِهِ فَالنَّسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّن يُنسَبُ إِليهِ، وَالنَّسَبُ يَكُونُ مِن جِهَةِ الآبَاءِ، وَجِنسُهُ أَهلُ بَيتِ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ لأَنَّ الإِنسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ، بِخِلافِ قَرَابَتِهِ حَيثُ تَكُونُ مِن جَانِبِ الأُمِّ وَالأَبِ.

وَلو أَوصَى لأَيتَامِ بَنِي فُلانٍ أَو لعُميَانِهِم أَو لزَمنَاهُم أَو لأَرَامِلِهِم إِن كَانُوا قَومًا يُحصَونَ دَخَل فِي الوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُم وَأَغنِيَاؤُهُم ذُكُورُهُم وَإِنَاثُهُم، لأَنَّهُ أَمكَنَ تَحقِيقُ التَّمليكِ فِي حَقِّهِم وَالوَصِيَّةُ تَمليكٌ. وَإِن كَانُوا لا يُحصَونَ فَالوَصِيَّةُ فِي الفُقَرَاءِ مِنهُم، لأَنَّ المَقصُودَ مِن الوَصِيَّةِ القُربَةُ وَهِيَ فِي سَدِّ الخَلَّةِ وَرَدِّ الجَوعَةِ.

وَهَذِهِ الأَسَامِي تُشعِرُ بِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ فَجَازَ حَملُهُ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَوصَى لشُبَّانِ بَنِي فُلانٍ وَهُم لا يُحصَونَ أَو لأَيَامَى بَنِي فُلانٍ وَهُم لا يُحصَونَ حَيثُ تَبطُلُ الوَصِيَّةُ، لأَنَّهُ ليسَ فِي اللَّفظِ مَا يُنبِئُ عَن الحَاجَةِ فَلا يُمكِنُ صَرفُهُ إِلى الفُقَرَاءِ، وَلا يُمكِنُ تَصحِيحُهُ تَمليكًا فِي حَقِّ الكُلِّ للجَهَالةِ المُتَفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرِ الصَّرفِ إِليهِم، وَفِي الوَصِيَّةِ للفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرفُ إِلى اثنَينِ مِنهُم اعتِبَارًا لمَعنَى الجَمعِ، وَأَقَلُّهُ

اثنَانِ فِي الوَصَايَا علَى مَا مَرَّ.

وَلو أَوصَى لبَنِي فُلانٍ يَدخُلُ فِيهِم الإِنَاثُ فِي قَول أَبِي حَنِيفَةَ أَوَّلُ قَولَيهِ وَهُوَ قَولُهُمَا لأَنَّ جَمعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ خَاصَّةً لأَنَّ حَقِيقَةَ الاسمِ للذُّكُورِ وَانتِظَامُهُ للإِنَاثِ تَجوُّزٌ وَالكَلامُ لحَقِيقَتِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلانٍ اسمَ قَبِيلَةٍ أَو فَخِذٍ حَيثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالإِنَاثَ لأَنَّهُ ليسَ يُرَادُ بِهَا أَعيَانُهُم إِذ هُوَ مُجَرَّدُ الانتِسَابِ كَبَنِي آدَمَ وَلهَذَا يَدخُلُ فِيهِ مَولى العَتَاقَةِ وَالمُوَالاةُ وَحُلفَاؤُهُم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَوْصَى لأَقَارِبه وَلَهُ عَمَّان وَخَالان) يَعْنِي: وَلَهُ وَلَدٌ يُحْرِزُ ميرَاثَهُ فَالثُّلُثُ لعَمَّيْه، وَهَذَا إِلى آخره تَفْصِيلُ مَا أَجْمَلَهُ منْ القُيُود عَلى مَذْهَب أَبي حَنيفَة. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لا بُدَّ منْ اعْتبَاره مَعْنَى الجَمْعِ وَهُوَ الاثْنَان في الوَصيَّة) يَعْني لوْ كَانَ العَمُّ اثْنَيْنِ كَانَ لكُلِّ وَاحد منْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا إِذَا انْفَرَدَ كَانَ لَهُ النِّصْفُ أَيْضًا. وَاعْتُرِضَ بأَنَّ في هَذَا جَعَل عَدَمَ المُزَاحِمِ بمَنْزِلَة المُزَاحِمِ حَيْثُ قَال: إِذَا كَانَ مَعَهُ عَمٌّ آخرُ كَانَ لَهُ النِّصْفُ، فَكَذَا إِذَا لمْ يَكُنْ مَعَهُ عَمٌّ آخرُ.

وَحينَئذ كَانَ لقَائلٍ أَنْ يَقُول: إِذَا كَانَ عَمٌّ وَاحدٌ كَانَ لَهُ الثُّلُثُ؛ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَعَهُ عَمَّان كَانَ لَهُ الثُّلُثُ، فَكَذَا إِذَا لمْ يَكُنْ مَعَهُ غَيْرُهُ، وَعلى هَذَا يُقَالُ: يَجبُ لَهُ الرُّبُعُ أَوْ الخُمُسُ عنْدَ انْفرَاده عَلى تَقْديرِ أَنْ يَكُونَ مَعَهُ ثَلاثَةُ أَعْمَامٍ، أَوْ أَرْبَعَةُ أَعْمَامٍ وَهَلُمَّ جرًّا. وَأُجيبَ بأَنَّ ذَلكَ غَيْرُ لازمٍ؛ لأَنَّ اعْتبَارَ الجُمُوعِ كُلِّهَا سَاقطٌ لتَعَذُّره، فَتَعَيَّنَ أَدْنَى مَا يُسْتَعْمَلُ فيه وَهُوَ الاثْنَان لتَيَقُّنه، وَالعَمُّ الوَاحدُ نصْفُ الاثْنَيْنِ فَيَكُونُ لَهُ نصْفُ مَالهمَا، وَإِذَا أَخَذَ العَمُّ النِّصْفَ صَارَ كَأَنْ لمْ يَكُنْ فَيَكُونُ البَاقي منْ الثُّلُث للخَاليْنِ وَفي قَوْلهمَا الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ أَثْلاثًا.

وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّاهُ) أَرَادَ به قَوْلَهُ؛ لأَنَّهُ لا بُدَّ منْ اعْتبَارِ مَعْنَى الجَمْعِ وَهُوَ الاثْنَان إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَهيَ أَقْوَى) أَيْ قَرَابَةُ العُمُومَة أَقْوَى منْ قَرَابَة الخُئولة. وَقَوْلُهُ (وَالعَمَّةُ وَإِنْ لمْ تَكُنْ وَارثَةً) جَوابٌ عَمَّا يُقَالُ العَمَّةُ لا تَسْتَحقُّ العُصُوبَةَ وَيُقَدَّمُ العَمُّ عَلى الأَخْوَال بسَبَبهَا فَلمْ تَكُنْ قَرَابَتُهَا أَقْرَبَ. وَوَجْهُهُ أَنَّهَا مُسْتَحقَّةٌ للوَصيَّة وَمُسَاويَةٌ للعَمِّ في الدَّرَجَة، وَعَدَمُ اسْتحْقَاقهَا العُصُوبَةَ وَصْفٌ قَامَ بهَا وَهُوَ الأُنُوثَةُ لا يُخْرِجُهَا عَنْ

مُسَاوَاتِهَا العَمَّ فِي اسْتِحْقَاقِ هَذِهِ الوَصِيَّةِ كَالعَمِّ الرَّقِيقِ أَوْ الكَافِرِ لِمَا أَنَّ حِرْمَانَ المِيرَاثِ لِوَصْفٍ قَامَ بِهِ لا لِضَعْفٍ فِي القَرَابَةِ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنْسِبَائِهِ) الأَنْسِبَاءُ جَمْعُ النَّسِيبِ وَهُوَ القَرِيبُ كَالأَنْصِبَاءِ فِي جَمْعِ النَّصِيبِ. وَقَوْلُهُ (فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي مِنْ القُيُودِ المَذْكُورَةِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا. قَالَ (وَمَنْ **أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ** فَهِيَ عَلَى زَوْجَتِهِ) الوَصِيَّةُ لِأَهْلِ فُلَانٍ تَنْصَرِفُ إلَى الزَّوْجَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَضُمُّ نَفَقَةَ فُلَانٍ مِنْ الأَحْرَارِ عِنْدَهُمَا اعْتِبَارًا لِلعُرْفِ المُؤَيَّدِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ فَإِنَّهُ لَيْسَ المُرَادُ بِهِ الزَّوْجَ خَاصَّةً، وَكَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَأَنجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾ [الأعراف: ٨٣].

وَلَهُ أَنَّ الأَهْلَ فِي الزَّوْجَةِ حَقِيقَةً يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص: ٢٨] فَلَا يُصَارُ إلَى غَيْرِهَا مَعَ إمْكَانِ العَمَلِ بِهَا. قِيلَ فِي الاسْتِدْلَالِ بِهَذِهِ الآيَةِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ خَاطَبَ بِلَفْظِ الجَمْعِ بِقَوْلِهِ ﴿امْكُثُوا﴾ وَالمَرْأَةُ لا تُخَاطَبُ بِذَلِكَ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ كَانَ مَعَهُ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ، أَوْ أَقَارِبِهَا مِمَّنْ ضَمَّتْهُمْ نَفَقَتُهُ؛ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مِنْ الأَرِقَّاءِ أَحَدٌ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ بِالاتِّفَاقِ.

عَلَى أَنَّ الحَقَائِقَ لا يُسْتَدَلُّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ طَرِيقَ مَعْرِفَتِهَا السَّمَاعُ كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ، وَإِنَّمَا اُسْتُشْهِدَ بِالآيَةِ تَأْنِيسًا. فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ مَا فِي لَيْسَ عَلَى مَعْنَى الحَقِيقَةِ لا يُنَافِي مَطْلُوبَهُ كَالآيَاتِ الَّتِي اسْتَدَلَّا بِهَا، وَقَوْلُهُ فُلَانٌ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةِ كَذَا هُوَ المَسْمُوعُ الدَّالُّ عَلَى الحَقِيقَةِ؛ لِتَبَادُرِ الفَهْمِ إلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ) فَإِنَّ إبْرَاهِيمَ بْنَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانَ مِنْ جِنْسِ قُرَيْشٍ، وَأَوْلَادُ الخُلَفَاءِ صَلَحُوا لِلخِلَافَةِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُهُمْ مِنْ الإِمَاءِ؛ فَعُلِمَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ فِي هَذَا اللَّفْظِ دُونَ عَشِيرَةِ الأُمِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ **أَوْصَى لِأَيْتَامِ فُلَانٍ**) اليَتِيمُ اسْمٌ لِمَنْ مَاتَ أَبُوهُ قَبْلَ الحُلُمِ. قَالَ ﷺ «**لا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ**» وَالعُمْيَانُ وَالزَّمْنَى مَعْرُوفَةٌ، وَالأَرْمَلُ هُوَ الَّذِي لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً، مِنْ أَرْمَلَ إذَا افْتَقَرَ مِنْ الرَّمْلِ كَأَدْقَعَ مِنْ الدَّقْعَاءِ وَهِيَ التُّرَابُ، وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ: الأَرْمَلُ فِي النِّسَاءِ خَاصَّةً، وَالمُخْتَارُ عِنْدَ المُصَنِّفِ هُوَ الأَوَّلُ حَيْثُ قَالَ: ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّعْبِيِّ.

فَإِذَا أَوْصَى لِهَؤُلَاءِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وُجِدَ

الإِحْصَاءُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ أَنْ لا يَحْتَاجَ فِي الإِحْصَاءِ إِلى كِتَابٍ وَلا حِسَابٍ، فَإِنْ أُحْتِيجَ إِلى ذَلِكَ فَهُمْ لا يُحْصَوْنَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: إِذَا كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ مِائَةٍ فَإِنَّهُمْ لا يُحْصَوْنَ وَهُوَ الأَيْسَرُ. وَقَال بَعْضُهُمْ: هُوَ مُفَوَّضٌ إِلى رَأْيِ القَاضِي دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ وَتَحْقِيقُ التَّمْلِيكِ فِيهِمْ مُمْكِنٌ. وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَالوَصِيَّةُ للفُقَرَاءِ مِنْهُمْ لَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا **أَوْصَى لِشُبَّانِ بَنِي فُلانٍ وَهُمْ لا يُحْصَوْنَ، أَوْ لأَيَامَى بَنِي فُلانٍ وَهُمْ لا يُحْصَوْنَ** حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلى أَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا يُحْصَوْنَ كَانَ الحُكْمُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي دُخُولِ الغَنِيِّ، وَالفَقِيرِ وَهَل يَدْخُلُ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِي الأَيَامَى دُخُولَهُ فِي الأَرَامِلِ أَوْ لا؟ قَال الكَرْخِيُّ. يَدْخُلُ؛ لأَنَّ الأَيِّمَ هِيَ الَّتِي لا زَوْجَ لَهَا بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا أَوْ يُقَالُ رَجُلٌ أَيِّمٌ أَيْضًا. وَقَال مُحَمَّدٌ: الأَيِّمُ هِيَ الثَّيِّبُ خَاصَّةً، وَقَوْلُ المُصَنِّفِ مُحْتَمَلٌ، وَالظَّاهِرُ دُخُولُهُ؛ لأَنَّهُ تَرَكَهُ اعْتِمَادًا عَلى ذِكْرِهِ فِي الأَرَامِلِ.

وَإِنَّمَا بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ فِي الشُّبَّانِ وَالأَيَامَى؛ لأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يَدُلُّ عَلى الفَقِيرِ حَتَّى يُصْرَفَ إِلى الفُقَرَاءِ، وَلا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِيكًا فِي حَقِّ الكُلِّ لِلجَهَالَةِ الفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرِ الصَّرْفِ إِلَيْهِمْ لِكَثْرَتِهِمْ فَبَطَلَتْ. قَال مُحَمَّدٌ: الغُلامُ مَا كَانَ لهُ أَقَلُّ مِنْ خَمْسَ عَشْرَةَ، وَالفَتَى مَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ وَفَوْقَ ذَلِكَ. وَالكَهْلُ إِذَا بَلَغَ أَرْبَعِينَ فَزَادَ عَلَيْهِ، وَمَا بَيْنَ خَمْسِينَ إِلى سِتِّينَ إِلى أَنْ يَغْلِبَ الشَّيْبُ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ شَيْخًا. وَفِي الوَصِيَّةِ لِلفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرْفُ إِلى اثْنَيْنِ مِنْهُمْ اعْتِبَارًا بِمَعْنَى الجَمْعِ، وَأَقَلُّهُ اثْنَانِ فِي الوَصَايَا عَلى مَا مَرَّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلانٍ) يَعْنِي إِذَا **أَوْصَى لِبَنِي فُلانٍ** فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُرِيدَ مَفْهُومَهُ الإِضَافِيَّ أَوْ يَكُونَ اسْمَ قَبِيلَةٍ أَوْ فَخِذٍ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل لَمْ يَدْخُل فِيهِ الإِنَاثُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَجَعَ إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا يَدْخُلُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَالخِلافُ عِنْدَ الاخْتِلاطِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ الإِنَاثُ مُنْفَرِدَاتٍ فَلا تَدْخُلُ بِالاتِّفَاقِ. وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

وَوَجْهُ قَوْلِ الآخَرِ أَنَّ حَقِيقَةَ هَذَا الاسْمِ وَانْتِظَامَهُ الإِنَاثَ تَجُوزُ وَلا يُصَارُ إِلَيْهِ عِنْدَ إِمْكَانِ العَمَلِ بِالحَقِيقَةِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَتَنَاوَلُ؛ لأَنَّ المُرَادَ بِهِ مُجَرَّدُ الانْتِسَابِ لِبَنِي

آدَمَ وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَى العَتَاقَةِ وَالْمُوَالاةِ وَحُلَفَاؤُهُمْ يَقْسِمُ الوَصِيُّ بَيْنَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِمْ مِنْ فُقَرَائِهِمْ.

قَالَ (وَمَن أَوصَى لوَلَدِ فُلانٍ فَالوَصِيَّةُ بَينَهُم وَالذَّكَرُ وَالأُنثَى فِيهِ سَوَاءٌ) لأَنَّ اسمَ الوَلَدِ يَنتَظِمُ الكُلَّ انتِظَامًا وَاحِدًا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ **أَوْصَى لوَلَد فُلان**) وَمَنْ أَوْصَى لوَلَد فُلان إمَّا أَنْ يَكُونَ أَبًا خَاصًّا أَوْ فَخذًا؛ فَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَالوَصِيَّةُ تَنَاوَلَتْ الأَوْلادَ دُونَ أَوْلادهِمْ الذَّكَر وَالأُنْثَى عِنْدَ الانْفِرَادِ وَالاخْتِلاطِ سَوَاءٌ؛ لأَنَّ اسْمَ الوَلَدِ يَتَنَاوَلُ الصُّلبيَّ كُلَّهُ انْتظَامًا وَاحدًا بِطَرِيقِ الحَقِيقَة، وَوَلَدُ الوَلَدِ مَجَازًا لا يُصَارُ إِلَيْه عِنْدَ إِمْكَان العَمَل بهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ مِنْ الصُّلب يَدْخُلُ أَوْلادُ الأَوْلادِ، وَأَوْلادُ الأَبْنَاءِ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَفِي أَوْلادِ البَنَات رِوَايَتَان، هَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَة.

وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الوَصِيَّةَ لوَلَد فُلان تَتَنَاوَلُ الوَلَدَ وَوَلَدَ الوَلَد، فُهِمَ ذَلكَ مِنْ قَوْله تَعَالَى ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ ﴾ [النساء: ١١] قَال القُدُورِيُّ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمْ لا يَدْخُلُونَ وَذَكَرَ فيه الحَقِيقَةَ وَالمَجَازَ كَمَا ذَكَرْنَا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ يَدْخُلُونَ وَإِنْ كَانَ الصُّلبيُّ قَائمًا؛ لأَنَّ فُلانًا إذَا كَانَ فَخذًا فَبَنُوهُ وَبَنَاتُهُ لا تَخْلُو عَنْ الأَوْلاد عَادَةً فَتَكُونُ مُرَادَةً فَتَدْخُلُ، بخلاف مَا إذَا كَانَ أَبًا خَاصًّا فَإِنَّ بَنِيه وَبَنَاته قَدْ تَخْلُو عَنْ الأَوْلاد فَلا تَكُونُ مُرَادَةً.

(وَمَن أَوصَى لوَرَثَةِ فُلانٍ فَالوَصِيَّةُ بَينَهُم للذَّكَرِ مِثلُ حَظِّ الأُنثَيَينِ) لأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى لفظِ الوَرَثَةِ آذَنَ ذَلكَ بِأَنَّ قَصدَهُ التَّفضِيل كَمَا فِي المِيرَاثِ. وَمَن أَوصَى لمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعتَقَهُم وَمَوَالٍ أَعتَقُوهُ فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَقَال الشَّافِعِيُّ فِي بَعضِ كُتُبِهِ: إنَّ الوَصِيَّةَ لهُم جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوضِعٍ آخَرَ أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّى يُصَالحُوا. لهُ أَنَّ الاسمَ يَتَنَاوَلُهُم لأَنَّ كُلا مِنهُم يُسَمَّى مَولى فَصَارَ كَالإِخوَةِ.

وَلنَا أَنَّ الجِهَةَ مُختَلفَةٌ لأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّى مَولى النِّعمَةِ وَالآخَرُ مُنعَمٌ عَليهِ فَصَارَ مُشتَرَكًا فَلا يَنتَظِمُهُمَا لفظٌ وَاحِدٌ فِي مَوضِعِ الإِثبَاتِ، بِخِلافِ مَا إذَا حَلفَ لا يُكَلِّمُ مَوَالِيَ فُلانٍ حَيثُ يَتَنَاوَلُ الأَعلى وَالأَسفَل لأَنَّهُ مَقَامُ النَّفيِ وَلا تَنَافِي فِيهِ، وَيَدخُلُ فِي

هَذِهِ الوَصِيَّةِ مَن أَعتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ، وَلا يَدخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَولادِهِ لأَنَّ عِتقَ هَؤُلاءِ يَثبُتُ بَعدَ المَوتِ وَالوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلى حَالَةِ المَوتِ فَلا بُدَّ مِن تَحَقُّقِ الاسمِ قَبلَهُ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُم يَدخُلُونَ لأَنَّ سَبَبَ الاستِحقَاقِ لازِمٌ، وَيَدخُلُ فِيهِ عَبدٌ قَالَ لَهُ مَولاهُ إِن لَم أَضرِبك فَأَنتَ حُرٌّ لأَنَّ العِتقَ يَثبُتُ قُبَيلَ المَوتِ عِندَ تَحَقُّقِ عَجزِهِ، وَلَو كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَأَولادُهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي مُوَالاةٍ يَدخُلُ فِيهَا مُعتَقُوهُ وَأَولادُهُم دُونَ مَوَالِي المُوَالاةِ وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُم يَدخُلُونَ أَيضًا وَالكُلُّ شُرَكَاءُ لأَنَّ الاسمَ يَتَنَاوَلُهُم عَلى السَّوَاءِ.

وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الجِهَةُ مُختَلِفَةٌ، فِي المُعتَقِ الإِنعَامُ، وَفِي المَوَالِي عَقدُ الالتِزَامِ وَالإِعتَاقُ لازِمٌ فَكَانَ الاسمُ لَهُ أَحَقَّ، وَلا يَدخُلُ فِيهِم مَوَالِي المَوَالِي لأَنَّهُم مَوَالِي غَيرِهِ حَقِيقَةً، بِخِلافِ مَوَالِيهِ وَأَولادِهِم لأَنَّهُم يُنسَبُونَ إِلَيهِ بِإِعتَاقٍ وُجِدَ مِنهُ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا لَم يَكُن لَهُ مَوَالٍ وَلا أَولادُ المَوَالِي لأَنَّ اللَّفظَ لَهُم مَجَازٌ فَيُصرَفُ إِلَيهِ عِندَ تَعَذُّرِ اعتِبَارِ الحَقِيقَةِ.

وَلَو كَانَ لَهُ مُعتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي المَوَالِي فَالنِّصفُ لِمُعتَقٍ وَالبَاقِي لِلوَرَثَةِ لِتَعَذُّرِ الجَمعِ بَينَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ، وَلا يَدخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعتَقَهُم ابنُهُ أَو أَبُوهُ لأَنَّهُم لَيسُوا بِمَوَالِيهِ لا حَقِيقَةً وَلا مَجَازًا، وَإِنَّمَا يُحرِزُ مِيرَاثَهُم بِالعُصُوبَةِ، بِخِلافِ مُعتَقِ البَعضِ لأَنَّهُ يُنسَبُ إِلَيهِ بِالوَلاءِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلانٍ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ) مَبْنَاهُ عَلَى جَوَازِ عُمُومِ المُشْتَرَكِ وَعَدَمِ جَوَازِهِ، وَالشَّافِعِيُّ يُجِيزُ ذَلِكَ فَأَجَازَ هَذَا، وَأَصْحَابُنَا مَا جَوَّزُوهُ وَكَذَلِكَ هَذَا، وَالمَرْوِيُّ عَنْ الشَّافِعِيِّ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، لَكِنْ لا عَلَى جَوَازِ عُمُومِ المُشْتَرَكِ بَل عَلَى أَنَّ لَفْظَ المَوْلَى يُطْلَقُ عَلَى الأَعْلَى وَالأَسْفَلِ مُتَوَاطِئٍ كَالإِخْوَةِ عَلَى بَنِي الأَعْيَانِ وَبَنِي العَلاَّتِ وَبَنِي الأَخْيَافِ، وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ؛ لأَنَّ مَعْنَى الإِخْوَةِ فِي الجَمِيعِ وَاحِدٌ وَهُوَ اشْتِمَالُ صُلْبِ الأَبِ أَوْ الرَّحِمِ عَلَيْهِمْ، وَمَعْنَى المَوْلَى لَيْسَ كَذَلِكَ؛ فَإِنَّ مَعْنَى الأَعْلَى مُنْعِمٌ وَمَعْنَى الأَسْفَلِ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ، فَكَانَ فِي أَحَدِهِمَا بِمَعْنَى الفَاعِلِ وَفِي الآخَرِ بِمَعْنَى المَفْعُولِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ إِنَّ الجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ.

وَقَوْلُهُ (فِي مَوْضِعِ الإِثْبَاتِ) احْتِرَازٌ عَنْ صُورَةِ النَّفْيِ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ

اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّة وَعَامَّة أَصْحَابِنَا، عَلى أَنْ لا عُمُومَ للمُشْتَرَك لا فِي النَّفْي وَلا فِي الإِثْبَات. وَأَجَابُوا عَنْ مَسْأَلة الحَلف بِتَرْك الكَلام مَعَ المَوْلى مُطْلَقًا لَيْسَ لوُقُوعه فِي النَّفْي بَل الحَاملُ عَلى اليَمين بُغْضُهُ وَهُوَ غَيْرُهُ مُخْتَلفٌ فَيَصيرُ بِذَلكَ المَعْنَى كَالشَّيْءِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِير مُسْتَوْفًى بِعَوْن اللَّه وَتَأْييده.

فَإِنْ قِيل: سَلَّمْنَا أَنَّ لفْظَ المَوْلى مُشْتَرَكٌ لكنَّ حُكْمَهُ التَّوَقُّفُ فَكَيْفَ قَال فَالوَصِيَّةُ بَاطلةٌ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الكَلامَ فِيمَا إذَا مَاتَ المُوصِي قَبْل البَيَانِ وَالتَّوَقُّفُ فِي مِثْله لا يُفِيدُ.

فَإِنْ قِيل: التَّرْجِيحُ مِنْ جِهَةِ أُخْرَى مُمْكِنٌ وَهُوَ أَنْ تُصْرَفَ الوَصِيَّةُ إلى المَوْلى الَّذِي أَعْتَقَهُ؛ لأَنَّ شُكْرَ المُنْعِمِ وَاجِبٌ وَأَمَّا فَضْلُ الإِنْعَامِ فِي حَقِّ المُنْعَمِ عَلَيْه فَمَنْدُوبٌ، وَالصَّرْفُ إلى الوَاجِبِ أَوْلى مِنْهُ إلى المَنْدُوبِ كَمَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِهَذَا المَعْنَى.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا مُعَارَضَةٌ بِجِهَةِ أُخْرَى، وَهُوَ أَنَّ العُرْفَ جَارٍ بِوَصِيَّة ثُلُث المَال للفُقَرَاء، وَالغَالبُ فِي المَوْلى الأَسْفَل الفَقْرُ، وَفِي الأَعْلى الغِنَى، وَالمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالمَشْرُوط شَرْطًا كَمَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِهَذَا المَعْنَى. وَلوْ **أَوْصَى لمَوَاليه وَليْسَ لهُ إلاَّ المَوْلى الأَعْلى** فَالوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ. وَيَدْخُلُ فِيهَا المُعْتَقُ فِي حَال الصِّحَّة وَالمَرَض، وَلا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلاده؛ لأَنَّ عِتْقَهُ لا يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْت؛ لأَنَّ المُتَوَقِّفَ عَلى الشَّيْءِ لا بالعِلِّيَّة يَعْقُبُهُ وُجُودًا، وَالوَصِيَّةُ تُضَافُ إلى حَالة المَوْت؛ لأَنَّهَا أُخْتُ المِيرَاث وَالمِيرَاثُ كَذَلكَ، فَلا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ اسْمِ المَوْلى قَبْل المَوْت وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِمَا.

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ)؛ لأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الوَلاءِ وَهُوَ التَّدْبِيرُ وَالاسْتِيلادُ (لازِمٌ) أَيْ: ثَابِتٌ مُسْتَقِرٌّ، وَالأَصَحُّ الأَوَّلُ؛ لأَنَّهُمْ لا يُنْسَبُونَ إِلَيْه بالوَلاء بِنَفْسِ الاسْتِحْقَاقِ بَل بِالإِحْيَاءِ الحَاصل بِالعِتْقِ، وَذَلكَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ المَوْت (وَيَدْخُلُ فِيه) أَيْ: فِي هَذَا الإِيصَاء: يَعْنِي بِالإِجْمَاعِ عَبْدٌ قَال لهُ مَوْلاهُ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَلوْ **أَوْصَى لمَوَاليه وَلهُ مَوَالٍ وَأَوْلادُ المَوَالي وَمَوَالي المُوَالاة** دَخَل مُعْتَقُوهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَأَوْلادُهُمْ؛ لأَنَّ نِسْبَتَهُمْ إِلَيْه بِالوَلاءِ للمُعْتَقِ الَّذِي بَاشَرَ فِي آبَائِهِمْ، وَالفُرُوعُ أَجْزَاءُ الأُصُول فَكَانَ الإِطْلاقُ حَقِيقَةً فِيهِمْ كَمَا فِي أُصُولهِمْ؛ وَلهَذَا لا يَصِحُّ نَفْيُ اسْمِ المَوْلى عَنْهُمْ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ بَنِي فُلانٍ وَأَوْلادِهِمْ؛ لأَنَّ النَّفْيَ عَنْ الفُرُوعِ صَحِيحٌ

حَيْثُ يَجُوزُ أَنْ يُقَال لِيْسُوا بَنِي فُلانٍ وَإِنَّمَا هُمْ بَنُو بَنِيه. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ: يَعْنِي مَوَالِي المُوَالاةِ يَدْخُلُونَ أَيْضًا لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَالإِعْتَاقُ لازِمٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: لَمَّا كَانَتْ الجِهَةُ مُخْتَلِفَةً وَجَبَ بُطْلانُ الوَصِيَّةِ كَالمَوْلَى الأَعْلَى وَالأَسْفَل. وَوَجْهُهُ أَنَّ المُشْتَرَكَ لا يَعْمَلُ بِهِ إِلاَّ إِذَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةٌ عَلَى أَحَدِ المَعْنَيَيْنِ وَهَاهُنَا قَرِينَةٌ تُعَيِّنُ أَحَدَهُمَا، وَهُوَ أَنَّ وَلاءَ الإِعْتَاقِ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ بَعْدَ ثُبُوته، وَوَلاءُ المُوَالاةِ ضَعِيفٌ مُخْتَلَفٌ فِيه بَيْنَ العُلَماءِ، وَسَبَبُهُ عَقْدٌ يَحْتَمِلُ الفَسْخَ فَلا تَتَحَقَّقُ المُزَاحَمَةُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لهُ إِلاَّ مَوَالِي مُوَالاةٍ كَانَ الثُّلُثُ لَهُمْ؛ لأَنَّ الحَقِيقَةَ إِذَا لَمْ تُمْكِنْ وَجَبَ العَمَلُ بِالمَجَازِ صَوْنًا لِكَلامِ العَاقِلِ عَنْ الإِلغَاءِ.

(وَلَوْ كَانَ لهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي المَوَالِي فَالنِّصْفُ لِمُعْتَقِه وَالبَاقِي لِلوَرَثَة؛ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ) وَحُكْمُ وَلَدِ المُعْتَقِ حُكْمُ المُعْتَقِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ اسْمَ المَوَالِي لأَوْلادِ المَوَالِي حَقِيقَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَدْخُلُ فِيه) أَيْ: فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِمَوَالِيه (مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ) هَكَذَا وَقَعَ فِي النُّسَخِ وَلكِنَّ الصَّوَابَ أَنْ يُقَال: مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ؛ لأَنَّ التَّعْلِيل يُطَابِقُ ذَلِكَ دُونَ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ.

وَهَذَا؛ لأَنَّ الحَقِيقَةَ هُوَ أَنْ يُبَاشِرَ إِعْتَاقَ مَمْلُوك فَيَصِيرَ بِه مَوْلى عَنْهُ، وَالمَجَازَ أَنْ يَتَسبَّبَ لِذَلِكَ بِإِعْتَاقِ مَمْلُوكٍ فَيُعْتِقُ ذَلِكَ المُعْتَقُ مَمْلُوكًا وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ مَوَالِي الأَبِ وَالابْنِ فِعْلُ الإِعْتَاقِ وَلا تَسْبِيبُهُ، فَقُلْنَا: إِنَّهُمْ لا يَدْخُلُونَ فِي هَذِه الإِضَافَة، وَهَذَا المَعْنَى كَمَا تَرَى لا يَسْتَقِيمُ عَلَى مَا وَقَعَ فِي النُّسَخِ؛ لأَنَّ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ مَوَالٍ لهُ حَقِيقَةً.

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُحْرَزُ مِيرَاثُهُمْ بِالعُصُوبَةِ) جَوَابٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَوَالِيَ أَبِيه تَدْخُلُ إِذَا مَاتَ أَبُوهُ وَوَرِثَ وَلاءَهُمْ؛ لأَنَّهُمْ مَوَالِيه حُكْمًا وَلِهَذَا يُحْرِزُ مِيرَاثَهُمْ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ إِحْرَازَهُ المِيرَاثَ مَا كَانَ لِكَوْنِهِمْ مَوَالٍ لهُ، لكِنَّ الشَّرْعَ أَقَامَ عَصَبَةَ المُعْتَقِ مَقَامَ المُعْتَقِ فِي حَقِّ المِيرَاثِ؛ لأَنَّ الوَلاءَ كَالنَّسَبِ لا يُورَثُ، نَصَّ عَلَيْه صَاحِبُ الشَّرْعِ قَال «**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ**» وَهُوَ نَصٌّ صَرِيحٌ فِي عَدَمِ الانْتِقَال فَكَانَ بِطَرِيقِ العُصُوبَةِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مُعْتَقِ البَعْضِ) قَال فِي النِّهَايَةِ: هَكَذَا وَقَعَ فِي النُّسَخِ وَلَيْسَ بِصَوَابٍ. وَالصَّوَابُ أَنْ يَقُول بِخِلافِ مُعْتَقِ المُعْتَقِ كَمَا هُوَ المَذْكُورُ فِي الإِيضَاحِ؛ لأَنَّهُ

يَثْبُتُ بِهَذَا الفَرْقِ بَيْنَ مَوَالِ المَوَالِي وَبَيْنَ مَوَالِ أَعْتَقَهُمْ أَبُوهُ، أَوْ ابْنُهُ عَلى مَا ذَكَرْنَا مِنْ النُّسْخَةِ الصَّحِيحَةِ فِيهِ أَيْضًا، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ بِخِلافِ مُعْتَقِ المُعْتَقِ، وَأَمَّا مُعْتَقُ البَعْضِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَمْ يُنْسَبْ إِلَيْهِ بِالوَلاءِ بَعْدُ؛ لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ، وَالمُكَاتَبُ لا يَدْخُلُ تَحْتَ اسْمِ المَوْلَى عِنْدَ قِيَامِ الكِتَابَةِ.

وَعِنْدَهُمَا إِنْ نُسِبَ إِلَيْهِ إِنَّمَا يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالوَلاءِ حَقِيقَةً فَلا يَحْتَاجُ إِلى ذِكْرِهِ. وَذَكَرَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ أَنَّ النُّسْخَةَ فِي قَوْلِهِ وَلا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِ أَعْتَقَهُمْ بِإِثْبَاتِ لَفْظَةِ ابْنِهِ، وَهَهُنَا بِخِلافِ مُعْتَقِ البَعْضِ فَجَعَلَهُ مُرْتَبِطًا بِقَوْلِهِ وَلا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِ أَعْتَقَهُمْ ابْنُهُ، وَمَعْنَاهُ فَإِنَّ مُعْتَقَ البَعْضِ يَدْخُلُ تَحْتَ الوَصِيَّةِ لِلمَوْلَى؛ لأَنَّهُ مَوْلاهُ حَقِيقَةً، بِخِلافِ مَوَالِي الأُمِّ؛ لأَنَّهُمْ لَيْسُوا مَوَالِيَهُ أَصْلًا، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلى مَذْهَبِهِمَا؛ لأَنَّ مُعْتَقَ البَعْضِ كَالمُكَاتَبِ، وَالمُكَاتَبُ لا يَدْخُلُ تَحْتَ اسْمِ المَوْلَى عِنْدَ تَمَامِ الكِتَابَةِ، وَهَذَا فِيهِ تَصْحِيحُ نُسْخَةِ الكِتَابِ فِي المَوْضِعَيْنِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ بُعْدٌ مِنْ حَيْثُ الإِيرَادُ عَلى مَذْهَبِهِمَا خَاصَّةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

قَالَ (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا) لأَنَّ المَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ، فَكَذَا بَعْدَ المَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الأَعْيَانِ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلى مِلْكِهِ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا المُوصَى لَهُ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا يَسْتَوْفِي المَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ الوَقْفِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الوَاقِفِ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي العَارِيَّةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَى أَصْلِنَا، بِخِلافِ المِيرَاثِ لأَنَّهُ خِلافَةٌ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ المُوَرِّثُ وَذَلِكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَى وَالمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لا يَبْقَى، وَكَذَا الوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ العَبْدِ وَالدَّارِ لأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا وَالمَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

قَالَ (فَإِن خَرَجَت رَقَبَةُ العَبْدِ مِن الثُّلُثِ يُسَلَّمُ إِلَيهِ لِيَخدُمَهُ) لأَنَّ حَقَّ المُوصَى لَهُ فِي الثُّلُثِ لا يُزَاحِمُهُ الوَرَثَةُ (وَإِن كَانَ لا مَالَ لَهُ غَيرُهُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يَومَينِ وَالمُوصَى لَهُ يَومًا) لأَنَّ حَقَّهُ فِي الثُّلُثِ وَحَقَّهُم فِي الثُّلُثَينِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ فِي العَينِ وَلا تُمكِنُ قِسمَةُ العَبدِ أَجزَاءً لأَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ فَصِرنَا إِلى المُهَايَأَةِ إِيفَاءً لِلحَقَّينِ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ بِسُكنَى الدَّارِ إِذَا كَانَت لا تَخرُجُ مِن الثُّلُثِ حَيثُ تُقَسَّمُ عَينُ الدَّارِ ثَلاثًا لِلانتِفَاعِ لأَنَّهُ يُمكِنُ القِسمَةُ

بِالأَجزاءِ وَهُوَ أَعدلُ للتَّسوِيَةِ بَينَهُمَا زَمَانًا وَذَاتًا، وَفِي المُهَايَأَةِ تَقدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا.

وَلو اقتَسَمُوا الدَّارَ مُهَايَأَةً مِن حَيثُ الزَّمَانُ تَجُوزُ أَيضًا لأَنَّ الحَقَّ لهُم، إلاَّ أَنَّ الأَوَّلَ وَهُوَ الأَعدَلُ أَولى، وَليسَ للوَرَثَةِ أَن يَبِيعُوا مَا فِي أَيدِيهِم مِن ثُلُثَي الدَّارِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لهُم ذَلكَ لأَنَّهُ خَالصُ مِلكِهِم. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ حَقَّ المُوصَى لهُ ثَابِتٌ فِي سُكنَى جَمِيعِ الدَّارِ بِأَن ظَهَرَ للمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ وَتَخرُجُ الدَّارُ مِن الثُّلُثِ، وَكَذَا لهُ حَقُّ المُزَاحَمَةِ فِيمَا فِي أَيدِيهِم إذَا خَرِبَ مَا فِي يَدِهِ. وَالبَيعُ يَتَضَمَّنُ إبطَال ذَلكَ فَمَنَعُوا عَنهُ.

قَال (فَإِن كَانَ مَاتَ المُوصَى لهُ عَادَ إلى الوَرَثَةِ) لأَنَّ المُوصِيَ أَوجَبَ الحَقَّ للمُوصَى لهُ لِيَستَوفِيَ المَنَافِعَ عَلى حُكمِ مِلكِهِ، فَلو انتَقَل إلى وَارِثِ المُوصَى لهُ استَحَقَّهَا ابتِدَاءً مِن مِلكِ المُوصِي مِن غَيرِ مَرضَاتِهِ وَذَلكَ لا يَجُوزُ.

الشرح:

(بَابُ الوَصِيَّة بالسُّكنَى وَالخدمَة وَالثَّمرَة): لَمَّا فَرَغَ منْ أَحْكَامِ الوَصَايَا المُتَعَلِّقَة بالأَعْيَانِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الوَصَايَا المُتَعَلِّقَة بالمَنَافِعِ، وَأَخَّرَ هَذَا البَابَ لَمَا أَنَّ المَنَافعَ بَعْدَ الأَعْيَانِ وُجُودًا فَأَخَّرَهَا عَنْهَا وَضْعًا. قَال (وَتَجُوزُ الوَصيَّةُ بخدْمَة عَبْده وَسُكْنَى دَارِه) كَلامُهُ وَاضحٌ، وَيُفيدُ المُوَافَقَةَ بَيْنَ الوَصيَّة وَالعَاريَّة في كَوْن كُلٍّ منْهُمَا تَمْليكُ المَنَافعِ بغَيْرِ عِوَضٍ وَالمُبَايَنَةُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الإِرْث؛ لأَنَّ الوَصيَّةَ تَعْتَمدُ التَّمْليكَ وَالمَنَافعُ تَقْبَلُ ذَلكَ للحَاجَة حَالةَ الحَيَاة.

(فَكَذَا بَعْدَ المَمَات)؛ لأَنَّ المَوْتَ لا يُزِيلُهَا وَالإِرْثُ خلافُهُ (فيمَا يَمْلكُهُ المُورَثُ وَذَلكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَى وَالمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لا يَبْقَى) وَإِذَا جَازَتْ الوَصيَّةُ بمَنْفَعَة العَبْد جَازَتْ بغَلَّته؛ لأَنَّهَا بَدَلُهَا فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا (وَالمَعْنَى) وَهُوَ الحَاجَةُ (يَشْمَلُهَا) يَعْني المَنْفَعَةَ وَالغَلَّةَ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ العَبْد) فيه تَفْصيلٌ وَهُوَ أَنَّهُ إذَا أَوْصَى بخدْمَة عَبْده لشَخْصٍ فَإِمَّا أَنْ قَال أَبَدًا أَوْ جَعَل ذَلكَ زَمَانًا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ، وَخَرَجَتْ رَقَبَةُ العَبْد منْ الثُّلُث أَوْ لَمْ تَخرُجْ وَلكنْ أَجَازَتْ الوَرَثَةُ التَّسْليمَ إلَيْه يُسَلَّمُ إليْه ليَخْدُمَهُ وَإِنْ لَمْ تُجزْهُ الوَرَثَةُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالمُوصَى لهُ يَوْمًا إلى أَنْ يَمُوتَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانيَ فَإِمَّا أَنْ عَيَّنَ سَنَةً مثْل أَنْ يَقُول سَنَةَ ستٍّ وَسَبْعينَ وَسَبْعمائَة أَوْ لَمْ يُعيِّنْ.

فَإِنْ عَيَّنَ وَمَضَتْ تلكَ المُدَّةُ قَبْل مَوْت المُوصِي بَطَلَتْ الوَصيَّةُ، وَإِنْ مَاتَ المُوصِي

بَعْدَ مُضِيِّ البَعْضِ مِنْ تلكَ السَّنَة أَوْ مَاتَ قَبْل مُضِيِّهَا، فَإِنْ كَانَ العَبْدُ يَخرُجُ مِنَ الثُّلُث أَوْ أَجَازَتْ الوَرَثَةُ فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ العَبْدَ إلى المُوصَى لهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ وَصِيَّتَهُ، وَإِنْ كَانَ لا يَخرُجُ وَلَمْ تُجزْ الوَرَثَةُ يَخْدُمُ المُوصَى لهُ يَوْمًا وَالوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ حَتَّى تَمْضِيَ السَّنَةُ الَّتِي عَيَّنَهَا ثُمَّ يُسَلِّمَهُ إلى الوَرَثَة.

وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ فَإِنْ كَانَ العَبْدُ يَخرُجُ مِنْ ثُلُث المَال أَوْ لا يَخرُجُ وَأَجَازَتْ الوَرَثَةُ يُسَلَّمُ العَبْدُ إلى المُوصَى لهُ لِيَسْتَخْدِمَهُ سَنَةً كَاملةً ثُمَّ يَرُدُّهُ إلى الوَرَثَة، وَإِنْ لَمْ يَخرُجْ وَلَمْ تُجزْ الوَرَثَةُ يَخْدُمُ المُوصَى لهُ يَوْمًا وَالوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ إلى ثَلاث سنينَ ثُمَّ يَرُدُّهُ إلى الوَرَثَة، وَهَذَا الحُكْمُ عَلَى خلافِ مَا إذَا **أَوْصَى بِغَلَّة عَبْده سَنَةً** فَإِنَّ لهُ ثُلُثَ غَلَّة تلكَ السَّنَة عَلى مَا سَنَذْكُرُهُ قَال (فَإِنْ كَانَ مَاتَ المُوصَى لهُ عَادَ إلى الوَرَثَة) إذَا مَاتَ المُوصَى لهُ عَادَ المُوصَى بِهِ إلى وَرَثَة المُوصِي؛ لأَنَّ المُوصِيَ أَوْجَبَ الحَقَّ للمُوصَى لهُ لِيَسْتَوْفِيَ المَنَافعَ عَلى حُكْمِ ملكه، فَلوْ انْتَقَل الحُكْمُ إلى وَارِث المُوصَى لهُ اسْتَحَقَّهَا.

(ابْتدَاءً منْ ملك المُوصِي) لمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الميرَاثَ خلافَةُ فيمَا يَتَمَلَّكُهُ المُورَثُ، وَذَلكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَى وَالمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لا يَبْقَى، لكنْ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّهَا لذَلكَ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِهِ، وَاسْتِحْقَاقُ الملك منْ غَيْر مُرَاضَاة المَالك لا يَجُوزُ.

(وَلو مَاتَ المُوصَى لهُ فِي حَيَاةِ المُوصِي بَطلَت) لأَنَّ إيجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالمَوتِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ. وَلو أَوصَى بِغَلَّةِ عَبدِهِ أَو دَارِهِ فَاستَخدَمَهُ بِنَفسِهِ أَو سَكَنَهَا بِنَفسِهِ قِيل يَجُوزُ ذَلكَ لأَنَّ قِيمَةَ المَنَافِعِ كَعَينِهَا فِي تَحصِيل المَقصُودِ. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لأَنَّ الغَلَّةَ دَرَاهِمُ أَو دَنَانِيرُ وَقَد وَجَبَت الوَصِيَّةُ بِهَا، وَهَذَا استِيفَاءُ المَنَافِعِ وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَمُتَفَاوِتَانِ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لو ظَهَرَ دَينٌ يُمكِنُهُم أَدَاؤُهُ مِن الغَلَّةِ بِالاستِردَادِ مِنهُ بَعدَ استِغلالِهَا وَلا يُمكِنُهُم مِن المَنَافِعِ بَعدَ استِيفَائِهَا بِعَينِهَا.

وَليسَ للمُوصَى لهُ بِالخِدمَةِ وَالسُّكنَى أَن يُؤَاجِرَ العَبدَ أَو الدَّارَ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُ ذَلكَ لأَنَّهُ بِالوَصِيَّةِ مَلكَ المَنفَعَةَ فَيَملكُ تَمليكَهَا مِن غَيرِهِ بِبَدَلٍ أَو غَيرِ بَدَلٍ لأَنَّهَا كَالأَعيَانِ عِندَهُ، بِخِلافِ العَارِيَّةِ لأَنَّهَا إبَاحَةٌ عَلى أَصلهِ وَليسَ بِتَمليكٍ وَلنَا أَنَّ الوَصِيَّةَ تَمليكٌ بِغَيرِ بَدَلٍ مُضَافٍ إلى مَا بَعدَ المَوتِ فَلا يَملكُ تَمليكَهُ بِبَدَلٍ اعتِبَارًا بِالإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمليكٌ بِغَيرِ بَدَلٍ فِي حَالةِ الحَيَاةِ عَلى أَصلنَا، وَلا يَملكُ المُستَعِيرُ الإِجَارَةَ لأَنَّهَا تَمليكٌ

بِبَدَلٍ، كَذَا هَذَا.

وَتَحقِيقُهُ أَنَّ التَّمليكَ بِبَدَلٍ لازِمٌ وَبِغَيرِ بَدَلٍ غَيرُ لازِمٍ، وَلا يَملكُ الأَقوَى بِالأَضعَفِ وَالأَكثَرَ بِالأَقَلِّ، وَالوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ غَيرُ لازِمٍ إلاَّ أَنَّ الرُّجُوعَ للمُتَبَرِّعِ لا لغَيرِهِ وَالمُتَبَرِّعُ بَعدَ المَوتِ لا يُمكِنُهُ الرُّجُوعُ فَلهَذَا انقَطَعَ، أَمَّا هُوَ فِي وَضعِهِ فَغَيرُ لازِمٍ، وَلأَنَّ المَنفَعَةَ ليسَت بِمَالٍ عَلَى أَصلنَا وَفِي تَمليكِهَا بِالمَالِ إحدَاثُ صِفَةِ المَاليَّةِ فِيهَا تَحقِيقًا للمُسَاوَاةِ فِي عَقدِ المُعَاوَضَةِ، فَإِنَّمَا تَثبُتُ هَذِهِ الوِلايَةُ لمَن يَملكُهَا تَبَعًا لمِلكِ الرَّقَبَةِ، أَو لمَن يَملكُهَا بِعَقدِ المُعَاوَضَةِ حَتَّى يَكُونَ مُملَّكًا لهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَملَّكَهَا.

أَمَّا إذَا تَمَلَّكَهَا مَقصُودَةً بِغَيرِ عِوَضٍ ثُمَّ مَلكَهَا بِعِوَضٍ كَانَ مُملَّكًا أَكثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَهُ مَعنًى وَهَذَا لا يَجُوزُ، وَليسَ للمُوصَى لهُ أَن يُخرِجَ العَبدَ مِن الكُوفَةِ إلاَّ أَن يَكُونَ المُوصَى لهُ وَأَهلُهُ فِي غَيرِ الكُوفَةِ فَيُخرِجُهُ إلى أَهلهِ للخِدمَةِ هُنَالكَ إذَا كَانَ يَخرُجُ مِن الثُّلُثِ، لأَنَّ الوَصِيَّةَ إنَّمَا تَنفُذُ عَلَى مَا يُعرَفُ مِن مَقصُودِ المُوصِي، فَإِذَا كَانُوا فِي مِصرِهِ فَمَقصُودُهُ أَن يُمَكِّنَهُ مِن خِدمَتِهِ فِيهِ بِدُونِ أَن يَلزَمَهُ مَشَقَّةُ السَّفَرِ، وَإِذَا كَانُوا فِي غَيرِهِ فَمَقصُودُهُ أَن يَحمِلَ العَبدَ إلى أَهلِهِ ليَخدُمَهُم.

الشرح:

وَلوْ مَاتَ **المُوصَى لهُ** (**فِي حَيَاةِ المُوصِي بَطَلتْ**) الوَصِيَّةُ (لأَنَّ إيجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالمَوْتِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) أَيْ فِي فَصْلِ اعْتِبَارِ حَالةِ الوَصِيَّةِ فِي بَيَانِ الفَرْقِ بَيْنَ جَوَازِ الإِقْرَارِ وَبُطْلانِ الوَصِيَّةِ بِقَوْلهِ بِخِلافِ الوَصِيَّةِ؛ لأَنَّهَا إيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ (**وَلوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ**) **فَاسْتَخْدَمَ العَبْدَ المُوصِي بِغَلَّتِهِ المُوصَى لهُ بِنَفْسِهِ أَوْ سَكَنَ الدَّارَ المُوصِي بِغَلَّتِهَا بِنَفْسِهِ**. اخْتَلفَ المَشَايِخُ فِي ذَلكَ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَليْسَ للمُوصَى لهُ بِالخِدْمَةِ أَنْ يُؤَجِّرَ العَبْدَ وَالدَّارَ) وَاضِحٌ سِوَى أَلفَاظٍ نَذْكُرُهَا (قَوْلُهُ اعْتِبَارًا بِالإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمْليكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ) قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ العَارِيَّةِ، وَفِي الحَقِيقَةِ هَذَا المَعْنَى رَاجِعٌ إلى الأَصْلِ المُقَرَّرِ وَهُوَ أَنَّ الشَّيْءَ لا يَتَضَمَّنُ مَا فَوْقَهُ. وَقَوْلُهُ (إلاَّ أَنَّ الرُّجُوعَ للمُتَبَرِّعِ لا لغَيْرِهِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الوَصِيَّةُ وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ لازِمَةٍ ابْتِدَاءً لكِنَّهَا تَصِيرُ لازِمَةً بَعْدَ المَوْتِ لعَدَمِ قَبُولهَا الرُّجُوعَ حِينَئِذٍ.

وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ الاعْتِبَارَ للمَوْضُوعَاتِ الأَصْليَّةِ، وَالوَصِيَّةُ فِي وَضْعِهَا غَيْرُ لازِمَةٍ،

وَانْقِطَاعُ الرُّجُوعِ بِمَوْتِ الْمُوصِي مِنْ الْعَوَارِضِ فَلا مُعْتَبَرَ بِه. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الْمَنْفَعَةَ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لا يَجُوزُ) يَعْنِي بِنَاءً عَلى مَا قَالَ، وَلا يَمْلِكُ الأَقْوَى بِالأَضْعَفِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْه بِإِجَارَةِ الْحُرِّ نَفْسَهُ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُ مَنْفَعَتَهُ تَبَعًا لِمِلْكِ رَقَبَتِه لا بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَيَجُوزُ لهُ أَنْ يَمْلِكَهَا بِبَدَلٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ كَلامَ الْمُصَنِّفِ فِي الْوَصِيَّةِ، فَمُرَادُهُ بِالْمَنْفَعَةِ مَنْفَعَةٌ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِهَا، وَمَنْفَعَةُ الْحُرِّ لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَلا يَكُونُ وَارِدًا عَلَيْه.

وَقَوْلُهُ (إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنْ الثُّلُثِ) احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ الإِخْرَاجُ إِلى أَهْلِه إِلاَّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِه) أَيْ فِي غَيْرِ مِصْرِ الْمُوصِي.

وَلو أَوصَى بِغَلَّةِ عَبدِهِ أَو بِغَلَّةِ دَارِهِ يَجُوزُ أَيضًا لأَنَّهُ بَدَلُ الْمَنفَعَةِ فَأَخَذَ حُكمَ الْمَنفَعَةِ فِي جَوَازِ الوَصِيَّةِ بِهِ، كَيفَ وَأَنَّهُ عَينٌ حَقِيقَةً لأَنَّهُ دَرَاهِمُ أَو دَنَانِيرُ فَكَانَ بِالجَوَازِ أَولى، وَلو لم يَكُن لهُ مَالٌ غَيرُهُ كَانَ لهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تِلكَ السَّنَةِ لأَنَّهُ عَينُ مَالٍ يَحتَمِلُ القِسمَةَ بِالأَجزَاءِ، فَلو أَرَادَ الْمُوصَى لهُ قِسمَةَ الدَّارِ بَينَهُ وَبَينَ الوَرَثَةِ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَستَغِلُّ ثُلُثَهَا لم يَكُن لهُ ذَلكَ إِلاَّ فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: الْمُوصَى لهُ شَرِيكُ الوَارِثِ وَلِلشَّرِيكِ ذَلكَ، فَكَذَلكَ لِلمُوصَى لهُ.

إِلاَّ أَنَّا نَقُولُ: الْمُطَالَبَةُ بِالقِسمَةِ تُبتَنَى عَلى ثُبُوتِ الحَقِّ لِلمُوصَى لهُ فِيمَا يُلاقِيهِ القِسمَةُ إِذ هُوَ الْمُطَالِبُ، وَلا حَقَّ لهُ فِي عَينِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الغَلَّةِ فَلا يَملِكُ الْمُطَالَبَةَ بِقِسمَةِ الدَّارِ، وَلو أَوصَى لهُ بِخِدمَةِ عَبدِهِ وَلآخَرَ بِرَقَبَتِهِ وَهُوَ يَخرُجُ مِن الثُّلُثِ فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ وَالخِدمَةُ عَلَيهَا لِصَاحِبِ الخِدمَةِ، لأَنَّهُ أَوجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا شَيئًا مَعلُومًا عَطفًا مِنهُ لأَحَدِهِمَا عَلى الآخَرِ فَتُعتَبَرُ هَذِهِ الحَالَةُ بِحَالَةِ الانفِرَادِ.

ثُمَّ لَمَّا صَحَّت الوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الخِدمَةِ، فَلو لم يُوصِ فِي الرَّقَبَةِ مِيرَاثًا لِلوَرَثَةِ مَعَ كَونِ الخِدمَةِ لِلمُوصَى لهُ، فَكَذَا إِذَا أَوصَى بِالرَّقَبَةِ لإِنسَانٍ آخَرَ، إِذ الوَصِيَّةُ أُختُ الْمِيرَاثِ مِن حَيثُ إِنَّ الْمِلكَ يَثبُتُ فِيهِمَا بَعدَ الْمَوتِ.

وَلهَا نَظَائِرُ، وَهُوَ مَا إِذَا أَوصَى بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا فِي بَطنِهَا لآخَرَ وَهِيَ تَخرُجُ مِن الثُّلُثِ، أَو أَوصَى لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ وَلآخَرَ بِفَصِّهِ، أَو قَال هَذِهِ القَوصَرَةُ لِفُلانٍ وَمَا فِيهَا مِن التَّمرِ لِفُلانٍ كَانَ كَمَا أَوصَى، وَلا شَيءَ لِصَاحِبِ الظَّرفِ فِي الْمَظرُوفِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا، أَمَّا إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الإِيجَابَينِ عَن الآخَرِ فِيهَا فَكَذَلكَ الجَوَابُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعَلى قَول مُحَمَّدٍ الأَمَةُ للمُوصَى لهُ بِهَا وَالوَلدُ بَينَهُمَا نِصفَان، وَكَذَلكَ فِي أَخَوَاتِهَا. لأبِي يُوسُفَ أَنَّ بِإِيجَابِهِ فِي الكَلامِ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَهُ مِن الكَلامِ الأَوَّل إيجَابُ الأَمَةِ للمُوصَى لهُ بِهَا دُونَ الوَلدِ، وَهَذَا البَيَانُ مِنهُ صَحِيحٌ وَإِن كَانَ مَفصُولا لأَنَّ الوَصِيَّةَ لا تُلزِمُ شَيئًا فِي حَال حَيَاةِ المُوصِي فَكَانَ البَيَانُ المَفصُولُ فِيهِ وَالمَوصُولُ سَوَاءً كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالخِدمَةِ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ اسمَ الخَاتَمِ يَتَنَاوَلُ الحَلقَةَ وَالفَصَّ. وَكَذَلك اسمُ الجَارِيَةِ يَتَنَاوَلُهَا وَمَا فِي بَطنِهَا.

وَاسمُ القَوصَرَةِ كَذَلك، وَمِن أَصلنَا أَنَّ العَامَّ الَّذِي مُوجِبُهُ ثُبُوتُ الحُكمِ عَلى سَبِيل الإِحَاطَةِ بِمَنزِلةِ الخَاصِّ فَقَد اجتَمَعَ فِي الفَصِّ وَصِيَّتَانِ وَكُلٌّ مِنهُمَا وَصِيَّةٌ بِإِيجَابٍ عَلى حِدَةٍ فَيُجعَلُ الفَصُّ بَينَهُمَا نِصفَينِ، وَلا يَكُونُ إيجَابُ الوَصِيَّةِ فِيهِ للثَّانِي رُجُوعًا عَن الأَوَّل، كَمَا إذَا أَوصَى للثَّانِي بِالخَاتَمِ، بِخِلافِ الخِدمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ لأَنَّ اسمَ الرَّقَبَةِ لا يَتَنَاوَلُ الخِدمَةَ وَإِنَّمَا يَستَخدِمُهُ المُوصَى لهُ بِحُكمِ أَنَّ المَنفَعَةَ حَصَلت عَلى مِلكِهِ، فَإِذَا أَوجَبَ الخِدمَةَ لغَيرِهِ لا يَبقَى للمُوصَى لهُ فِيهِ حَقٌّ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ الكَلامُ مَوصُولا لأَنَّ ذَلكَ دَلِيلُ التَّخصِيصِ وَالاستِثنَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوجَبَ لصَاحِبِ الخَاتَمِ الحَلقَةَ خَاصَّةً دُونَ الفَصِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ أَوْصَى بِغَلَّة عَبْده أَوْ بغَلَّة دَاره) قَدْ عُلمَ جَوَازُهُ فيمَا تَقَدَّمَ منْ طَريقَيْن وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهُ تَمْهيدًا لقَوْله (وَلوْ لمْ يَكُنْ لهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لهُ ثُلُثُ غَلَّة تلكَ السَّنَة) يَعْني إذَا لمْ تُجزْ الوَرَثَةُ كَانَتْ الوَصيَّةُ بغَلَّة عَبْده سَنَةً، وَتَذْكيرُ الضَّمَائر إمَّا بتَأْويل المَال أَوْ نَظَرًا إلى الخَبَر. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ عَيْنُ مَال تَحْتَملُ القسْمَةَ بالأَجْزَاء) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلكَ تُعَلَّقُ الوَصيَّةُ بثُلُثه إنْ لمْ يَخْرُجْ منْ الثُّلُث، وَفيه إشَارَةٌ إلى الفَرْق بَيْنَهَا وَبَيْنَ الخدْمَة؛ فَإنَّ العَبْدَ لمَّا لمْ يَحْتَمل القسْمَةَ بالأَجْزَاء صرْنَا إلى قسْمَة اسْتيفَاء الخدْمَة بطَريق المُهَايَأَة إلى مَا يُسْتَوْفَى خدْمَتُهُ سَنَةً كَاملةً كَمَا مَرَّ ذكْرُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ أَرَادَ المُوصَى لهُ قسْمَةَ الدَّار) ظَاهرٌ إلى قَوْله (عَطْفًا منْهُ لأَحَدهمَا عَلى الآخَر) وَمَعْنَى ذَلكَ أَنَّهُ عَطَفَ قَوْلهُ، وَالآخَرُ برَقَبَته عَلى قَوْله أَوْصَى لهُ بخدْمَة عَبْده (فَتُعْتَبَرُ هَذه الحَالةُ) يُريدُ حَالةَ العَطْف (بحَالة الانْفرَاد) أَيْ بحَالة انْفرَاد إحْدَى

الوَصِيَّتَيْنِ عَنْ الأُخْرَى فَلا تَتَحَقَّقُ المُشَارَكَةُ بَيْنَهُمَا فِيمَا أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ لَمَّا صَحَّتْ الوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ) كَالبَيَانِ وَالتَّفْسِيرِ لِمَا قَبْلَهُ مِنْ حَالَةِ الانْفِرَادِ: يَعْنِي لَوْ كَانَتْ الوَصِيَّةُ بِالخِدْمَةِ مُنْفَرِدَةً كَانَتْ الرَّقَبَةُ مِيرَاثًا لِلوَرَثَةِ (وَالخِدْمَةُ لِلمُوصَى لَهُ) مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاكٍ (فَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِالرَّقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ) تَكُونُ الرَّقَبَةُ لَهُ وَالخِدْمَةُ لِلمُوصَى لَهُ بِهَا.

(إِذْ الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ المِلكَ فِيهِمَا يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ) ثُمَّ **العَبْدُ المُوصَى بِخِدْمَتِه لِشَخْصٍ وَبِرَقَبَتِه لِآخَرَ** إِمَّا أَنْ يَكُونَ أَدْرَكَ حَدَّ الخِدْمَةِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَنَفَقَتُهُ عَلَى المُوصَى لَهُ بِالرَّقَبَةِ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ الخِدْمَةَ؛ لِأَنَّ بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ تَنْمُو العَيْنُ وَذَلِكَ مَنْفَعَةٌ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ، فَإِذَا أَدْرَكَ الخِدْمَةَ صَارَ كَالكَبِيرِ، وَالنَّفَقَةُ فِي الكَبِيرِ عَلَى مَنْ لَهُ الخِدْمَةُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَمَكَّنُ مِنْ اسْتِخْدَامِه بِالاتِّفَاقِ عَلَيْهِ، إِذْ العَبْدُ لا يَقْوَى عَلَى الخِدْمَةِ إِلاَّ بِه، وَإِنْ أَبَى الإِنْفَاقَ عَلَيْهِ رَدَّهُ إِلَى مَنْ لَهُ الرَّقَبَةُ كَالمُسْتَعِيرِ مَعَ المُعِيرِ.

وَإِنْ جَنَى جِنَايَةً فَالفِدَاءُ عَلَى مَنْ لَهُ الخِدْمَةُ؛ لِأَنَّ التَّمَكُّنَ مِنْ الاسْتِخْدَامِ بِالتَّطْهِيرِ عَنْ الجِنَايَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ التَّطْهِيرُ. وَقَوْلُهُ (وَلَهَا) أَيْ لِهَذِه المَسْأَلَةِ (نَظَائِرُ) وَقَدْ ذَكَرَهَا فِي الكِتَابِ وَاضِحَةً. وَقَوْلُهُ (وَلا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ) وَهُوَ الأَمَةُ وَالخَاتَمُ وَالقَوْصَرَّةُ (فِي المَظْرُوفِ) يَعْنِي الوَلَدَ وَالفَصَّ وَالتَّمْرَ (فِي هَذِه المَسَائِلِ كُلِّهَا) أَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الإِيجَابَيْنِ مَوْصُولا بِالآخَرِ فَالاتِّفَاقُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُنْفَصِلا عَنْ الآخَرِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلافًا لِمُحَمَّدٍ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالخِدْمَةِ) فَإِنَّ المَوْصُولَ وَالمَفْصُولَ فِيهِمَا فِي الحُكْمِ سَوَاءٌ، وَتَأْخِيرُ تَعْلِيلِ مُحَمَّدٍ وَالجَوَابُ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِه أَبُو يُوسُفَ فِي الكِتَابِ وَالمَبْسُوطِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ المُعَوَّلَ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، وَإِنْ قَالَ لَهُ ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ مَا عَاشَ، وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الغَلَّةُ القَائِمَةُ وَغَلَّتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ) وَالفَرْقُ أَنَّ الثَّمَرَةَ اسْمٌ لِلمَوْجُودِ عُرْفًا فَلا يَتَنَاوَلُ المَعْدُومَ إِلاَّ بِدَلالَةٍ زَائِدَةٍ، مِثْلُ التَّنْصِيصِ عَلَى الأَبَدِ لِأَنَّهُ لا يَتَأَبَّدُ إِلاَّ بِتَنَاوُلِ المَعْدُومِ وَالمَعْدُومُ مَذْكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا.

أَمَّا الغَلَّةُ فَتَنتَظِمُ المَوجُودَ وَمَا يَكُونُ بِعَرَضِ الوُجُودِ مَرَّةً بَعدَ أُخرَى عُرفًا، يُقَالُ فُلانٌ يَأكُلُ مِن غَلَّةِ بُستَانِهِ وَمِن غَلَّةِ أَرضِهِ وَدَارِهِ، فَإِذَا أُطلقَت يَتَنَاوَلُهُمَا عُرفًا غَيرَ مَوقُوفٍ عَلَى دَلالَةٍ أُخرَى. أَمَّا الثَّمَرَةُ إِذَا أُطلقَت لا يُرَادُ بِهَا إِلاَّ المَوجُودُ فَلِهَذَا يَفتَقِرُ الانصِرَافُ إِلى دَلِيلٍ زَائِدٍ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى لآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِه ثُمَّ مَاتَ وَفِيه ثَمَرَةٌ) المَسَائِلُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالاقْتِصَارِ عَلَى المَوْجُودِ مِنْ المُوصِي بِهِ وَالتَّعَدِّي إِلى مَا يَحْدُثُ عَلى وُجُوه ثَلاثَة: فِي وَجْه: يَقَعُ عَلَى المَوْجُودِ وَالحَادِث مَا عَاشَ المُوصَى لهُ ذَكَرَ الأَبَدَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ كَالوَصِيَّة بِغَلَّة بُسْتَانه أَوْ أَرْضِه أَوْ سُكْنَى دَارِه أَوْ خِدْمَة عَبْدِه؛ فَإِنَّ العُرْفَ فِيهَا جَارٍ عَلَى الأَبَدِ، وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنْ الثُّلُث.

وَفِي وَجْه: يَقَعُ عَلَى المَوْجُودِ دُونَ الحَادِثِ ذَكَرَ الأَبَدَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ، **كَالوَصِيَّة بِالصُّوف عَلى ظَهْرِ الغَنَمِ وَالوَلَد فِي بَطْنِ جَارِيَتِهِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ**؛ لأَنَّ المَعْدُومَ مِنْ هَذِهِ الأَشْيَاءِ لا يُسْتَحَقُّ بِه بِوَجْه مَا.

وَفِي وَجْه: أَنَّ ذِكْرَ الأَبَد يَقَعُ عَلَى المَوْجُودِ وَالحَادِث كَالوَصِيَّة بِثَمَرَة بُسْتَانه وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ؛ فَإِنْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ مَوْجُودَةً قَبْل المَوْتِ تَنَاوَلَهَا، وَإِلاَّ فَالقِيَاسُ أَنْ تَبْطُل الوَصِيَّةُ، وَفِي الاسْتِحْسَانِ يَقَعُ عَلَى الحَادِثِ إِلى أَنْ يَمُوتَ المُوصَى لهُ.

وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّ الثَّمَرَةَ فِي المَوْجُودِ حَقِيقَةً وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَة فَتَبْطُلُ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ حَمْلُهُ عَلَى المَجَازِ عِنْدَ انْتِفَاءِ الحَقِيقَة صَوْنًا لِكَلامِ المُوصِي عَنْ الإِلغَاءِ، وَالمُصَنِّفُ حَمَل الفَرْقَ بَيْنَ الثَّمَرَة وَالغَلَّة عَلَى العُرْف فِيهِمَا، ثُمَّ السَّقْيُ وَالخَرَاجُ وَمَا فِيه صَلاحُ البُسْتَانِ عَلَى صَاحِبِ الغَلَّةِ؛ لأَنَّهُ هُوَ المُنْتَفِعُ بِالبُسْتَانِ فَصَارَ كَالنَّفَقَة فِي فَصْل الخِدْمَة.

قَال (وَمَن أَوصَى لِرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدًا أَو بِأَولادِهَا أَو بِلبَنِهَا ثُمَّ مَاتَ فَلَهُ مَا فِي بُطُونِهَا مِن الوَلَدِ وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِن اللَّبَنِ وَمَا عَلَى ظُهُورِهَا مِن الصُّوفِ يَومَ يَمُوتُ المُوصِي سَوَاءٌ قَال أَبَدًا أَو لم يَقُل) لأَنَّهُ إِيجَابٌ عِندَ المَوتِ فَيُعتَبَرُ قِيَامُ هَذِهِ الأَشيَاءِ يَومَئِذٍ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ. وَالفَرقُ أَنَّ القِيَاسَ يَأبَى تَملِيكَ المَعدُومِ لأَنَّهُ لا يَقبَلُ المِلكَ، إِلاَّ أَنَّ

فِي الثَّمَرَةِ وَالغَلَّةِ المَعدُومَةِ جَاءَ الشَّرعُ بِوُرُودِ العَقدِ عَلَيهَا كَالمُعَامَلَةِ وَالإِجَارَةِ، فَاقتَضَى ذَلِكَ جَوَازَهُ فِي الوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الأَولَى لأَنَّ بَابَهَا أَوسَعُ.

أَمَّا الوَلَدُ المَعدُومُ وَأُختَاهُ فَلا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقدِ عَلَيهَا أَصلاً، وَلا تُستَحَقُّ بِعَقدٍ مَا، فَكَذَلِكَ لا يَدخُلُ تَحتَ الوَصِيَّةِ، بِخِلافِ المَوجُودِ مِنهَا لأَنَّهُ يَجُوزُ استِحقَاقُهَا بِعَقدِ البَيعِ تَبَعًا وَبِعَقدِ الخُلعِ مَقصُودًا، فَكَذَا بِالوَصِيَّةِ، وَاللَّهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى لرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِه أَبَدًا) إلى آخرِ البَابِ وَاضِحٌ، وَللَّهِ دَرُّ المُصَنِّفِ مَا أَجْزَل تَرْكِيبَهُ وَأَحْسَنَ تَرْتِيبَهُ لا يَرَى مَعْنًى مِنْ المَعَانِي يَحْتَاجُ إلى تَقْرِيرٍ إلاَّ وَتَرْكِيبُهُ أَوْفَى تَأْدِيَةً لهُ مِنْ غَيْرِه.

وَقَوْلُهُ (وَبعَقْد الخُلعِ) صُورَتُهُ أَنْ **تَقُولَ المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي بَطْنِ جَارِيَتِي أَوْ غَنَمِي** صَحَّ وَلَهُ مَا فِي بَطْنِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي البَطْنِ شَيْءٌ فَلا شَيْءَ لهُ، وَمَا حَدَثَ بَعْدَ ذَلكَ فَللمَرْأَةِ؛ لأَنَّ مَا فِي البَطْنِ قَدْ يَكُونُ مُتَقَوِّمًا وَقَدْ لا يَكُونُ فَلَمْ يَضُرَّهُ، حَتَّى لوْ قَالتْ عَلى حَمْلِ جَارِيَتِي وَلَيْسَ لَهَا حَمْلٌ تَرُدُّ المَهْرَ.

بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ

قَال (وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَو نَصرَانِيٌّ بِيعَةً أَو كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ) لأَنَّ هَذَا بِمَنزِلَةِ الوَقفِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالوَقفُ عِندَهُ يُورَثُ وَلا يَلزَمُ فَكَذَا هَذَا. وَأَمَّا عِندَهُمَا فَلأَنَّ هَذِهِ مَعصِيَةٌ فَلا تَصِحُّ عِندَهُمَا. قَال (وَلو أَوصَى بِذَلكَ لقَومٍ مُسَمَّينَ فَهُوَ الثُّلُثُ) مَعنَاهُ إِذَا أَوصَى أَن تُبنَى دَارُهُ بِيعَةً أَو كَنِيسَةً فَهُوَ جَائِزٌ مِن الثُّلُثِ لأَنَّ الوَصِيَّةَ فِيهَا مَعنَى الاستِخلافِ وَمَعنَى التَّمليكِ، وَلهُ وِلايَةُ ذَلكَ فَأَمكَنَ تَصحِيحُهُ عَلَى اعتِبَارِ المَعنَيَينِ.

الشرح:

(بَابُ وَصِيَّة **الذِّمِّيِّ**): أَعْقَبَ وَصِيَّةَ المُسْلمِ بوَصِيَّة الذِّمِّيِّ لكَوْن الكُفَّارِ مُلحَقينَ بالمُسْلمينَ فِي أَحْكَامِ المُعَامَلات (وَإِذَا **صَنَعَ يَهُودِيٌّ بِيعَةً أَوْ نَصْرَانِيٌّ كَنِيسَةً فِي صِحَّته ثُمَّ مَاتَ** فَهُوَ مِيرَاثٌ) بالاتِّفَاقِ فِيمَا بَيْنَ أَصْحَابِنَا عَلى اخْتلاف التَّرْجِيحِ، أَمَّا عِنْدَهُ؛ فَلأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَة الوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ لمُسْلمٍ، فَإِنَّ وَقْفَ المُسْلمِ فِي حَالة الحَيَاة

مَوْرُوثٌ بَعْدَ مَوْتِه لِكَوْنِه غَيْرَ لازِمٍ فَهَذَا أَوْلَى.

(وَأَمَّا عِنْدَهُمَا؛ فَلأَنَّ هَذِه) الوَصِيَّةَ مَعْصِيَةٌ فَلا (تَصِحُّ وَلَوْ أَوْصَى) بِذَلِكَ أَيْ لَوْ أَوْصَى **بِأَنْ تُعْمَلَ بِيعَةٌ أَوْ كَنِيسَةٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ** (فَهُوَ جَائِزٌ مِنْ الثُّلُثِ؛ لأَنَّ فِي الوَصِيَّةِ مَعْنَى الاسْتِخْلافِ وَالتَّمْلِيكِ) وَلِلذِّمِّيِّ وِلايَةُ التَّمْلِيكِ (فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ) أَيْ: تَصْحِيحُ إِيصَائِه (عَلَى اعْتِبَارِ المَعْنَيَيْنِ) يَعْنِي الاسْتِخْلافَ وَالتَّمْلِيكَ فَجَعَلْنَاهُ مِنْ الثُّلُثِ نَظَرًا إِلى الاسْتِخْلافِ فَجَوَّزْنَا ذَلِكَ نَظَرًا إِلى التَّمْلِيكِ، وَإِذَا صَارَ مِلْكًا لِلمُسْلِمِينَ صَنَعُوا بِه مَا شَاءُوا.

قَالَ (وَإِن أَوصَى بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَومٍ غَيرِ مُسَمَّينَ جَازَت الوَصِيَّةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) لأَنَّ هَذِهِ مَعصِيَةٌ حَقِيقَةً وَإِن كَانَ فِي مُعتَقَدِهِم قُربَةً، وَالوَصِيَّةُ بِالمَعصِيَةِ بَاطِلَةٌ لِمَا فِي تَنفِيذِهَا مِن تَقرِيرِ المَعصِيَةِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذِهِ قُربَةٌ فِي مُعتَقَدِهِم وَنَحنُ أُمِرنَا بِأَن نَترُكَهُم وَمَا يَدِينُونَ فَتَجُوزُ بِنَاءً عَلى اعتِقَادِهِم؛ أَلا يُرَى أَنَّهُ لَو أَوصَى بِمَا هُوَ قُربَةٌ حَقِيقَةً مَعصِيَةٌ فِي مُعتَقَدِهِم لا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ اعتِبَارًا لاعتِقَادِهِم فَكَذَا عَكسُهُ.

ثُمَّ الفَرقُ لأَبِي حَنِيفَةَ بَينَ بِنَاءِ البِيعَةِ وَالكَنِيسَةِ وَبَينَ الوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّ البِنَاءَ نَفسَهُ لَيسَ بِسَبَبٍ لِزَوَالِ مِلكِ البَانِي. وَإِنَّمَا يَزُولُ مِلكُهُ بِأَن يَصِيرَ مُحَرَّرًا خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالى كَمَا فِي مَسَاجِدِ المُسلِمِينَ، وَالكَنِيسَةُ لم تَصِر مُحَرَّرَةً لِلَّهِ تَعَالى حَقِيقَةً فَتَبقَى مِلكًا لِلبَانِي فَتُورَثُ عَنهُ، وَلأَنَّهُم يَبنُونَ فِيهَا الحُجُرَاتِ وَيَسكُنُونَهَا فَلم يَتَحَرَّر لِتَعَلُّقِ حَقِّ العِبَادِ بِهِ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُورَثُ المَسجِدُ أَيضًا لِعَدَمِ تَحَرُّرِهِ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ لأَنَّهُ وُضِعَ لإِزَالَةِ المِلكِ إِلاَّ أَنَّهُ امتَنَعَ ثُبُوتُ مُقتَضَاهُ فِي غَيرِ مَا هُوَ قُربَةٌ عِندَهُم فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُربَةٌ عَلى مُقتَضَاهُ فَيَزُولُ مِلكُهُ فَلا يُورَثُ.

ثُمَّ الحَاصِلُ أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلى أَربَعَةِ أَقسَامٍ:

مِنهَا أَن تَكُونَ قُربَةً فِي مُعتَقَدِهِم وَلا تَكُونَ قُربَةً فِي حَقِّنَا وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ، وَمَا إِذَا أَوصَى الذِّمِّيُّ بِأَن تُذبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطعَمَ المُشرِكِينَ، وَهَذِهِ عَلى الخِلافِ إِذَا كَانَ لِقَومٍ غَيرِ مُسَمَّينَ كَمَا ذَكَرنَاهُ وَالوَجهُ مَا بَيَّنَّاهُ.

وَمِنهَا إِذَا أَوصَى بِمَا يَكُونُ قُربَةً فِي حَقِّنَا وَلا يَكُونُ قُربَةً فِي مُعتَقَدِهِم، كَمَا إِذَا أَوصَى بِالحَجِّ أَو بِأَن يُبنَى مَسجِدٌ لِلمُسلِمِينَ أَو بِأَن يُسرَجَ فِي مَسَاجِدِ المُسلِمِينَ، فَهَذِهِ

الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالإِجمَاعِ اعتِبَارًا لاعتِقَادِهِم، إلاَّ إذَا كَانَ لقَومٍ بِأَعيَانِهِم لوُقُوعِهِ تَمليكًا لأَنَّهُم مَعلُومُونَ وَالجِهَةُ مَشُورَةٌ.

وَمِنهَا إذَا أَوصَى بِمَا يَكُونُ قُربَةً فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِم، كَمَا إذَا أَوصَى بِأَن يُسرَجَ فِي بَيتِ المَقدِسِ أَو يُغزَى التُّركُ وَهُوَ مِن الرُّومِ، وَهَذَا جَائِزٌ سَوَاءٌ كَانَت لقَومٍ بِأَعيَانِهِم أَو بِغَيرِ أَعيَانِهِم لأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُربَةٌ حَقِيقَةً وَفِي مُعتَقَدِهِم أَيضًا.

وَمِنهَا إذَا أَوصَى بِمَا لا يَكُونُ قُربَةً لا فِي حَقِّنَا وَلا فِي حَقِّهِم، كَمَا إذَا أَوصَى للمُغَنِّيَاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هَذَا غَيرُ جَائِزٍ لأَنَّهُ مَعصِيَةٌ فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِم، إلاَّ أَن يَكُونَ لقَومٍ بِأَعيَانِهِم فَيَصِحُّ تَمليكًا وَاستِخلافًا، وَصَاحِبُ الهَوَى إن كَانَ لا يَكفُرُ فَهُوَ فِي حَقِّ الوَصِيَّةِ بِمَنزِلَةِ المُسلمِ لأَنَّا أُمِرنَا بِبِنَاءِ الأَحكَامِ عَلَى الظَّاهِرِ، وَإِن كَانَ يَكفُرُ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ المُرتَدِّ فَيَكُونُ عَلَى الخِلافِ المَعرُوفِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ بَينَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيهِ.

الشرح:

(وَإِنْ أَوْصَى أَنْ تُجْعَل دَارُهُ كَنِيسَةً لقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمِّينَ) يَعْنِي قَوْمًا غَيْرَ مَحْصُورِينَ (جَازَتْ الوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هِيَ بَاطِلَةٌ؛ لأَنَّ هَذِهِ) فِي الحَقِيقَة (مَعْصِيَةٌ وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةٌ وَالوَصِيَّةُ بِالمَعْصِيَة بَاطِلَةٌ؛ لمَا فِي تَنْفِيذهَا مِنْ تَقْرِيرِهَا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ) أَنَّ الاعْتِبَارَ لمُعْتَقَدِهِمْ، فَإِنَّهُمْ لوْ أَوْصَوْا بِالحَجِّ لمْ يُعْتَبَرْ وَإِنْ كَانَ عِبَادَةً عِنْدَنَا بلا خِلاف، فَكَذَلكَ إذَا أَوْصَوْا بِمَا هُوَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ عِبَادَةٌ صَحَّ وَإِنْ كَانَ عِنْدَنَا مَعْصِيَةً؛ لأَنَّا أُمِرْنَا أَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ.

قَالُوا: هَذَا الخِلافُ إذَا أَوْصَى بِبِنَاء بِيعَة أَوْ كَنِيسَة فِي القُرَى، فَأَمَّا فِي المِصْرِ فَلا يَجُوزُ بِالاتِّفَاق؛ لأَنَّهُمْ لا يُمَكَّنُونَ مِنْ إحْدَاث ذَلكَ فِي الأَمْصَار، وَذَكَرَ الفَرْقَ بَيْنَ بِنَاءِ البِيعَة وَالكَنِيسَة وَالوَصِيَّة بِذَلكَ. وَقَوْلُهُ (لمْ تَصِرْ مُحَرَّرَةً للَّه حَقِيقَةً) بَل تُحَرَّرُ عَلى مُعْتَقَدِهِمْ (فَتَبْقَى مِلكًا للبَانِي فَتُورَثُ عَنْهُ) وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُمْ يَبْنُونَ) دَليلٌ آخَرُ عَلى عَدَمِ التَّحْرِيرِ للَّهِ تَعَالى، وَقَوْلُهُ (بِخِلاف الوَصِيَّة) مُتَّصِلٌ بِقَوْله إنَّ البِنَاءَ نَفْسَهُ ليْسَ بِسَبَبٍ لزَوَال مِلك البَانِي.

وَالضَّمِيرُ فِي قَوْله (لأَنَّهُ وَضْعٌ) وَفِي قَوْله (ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ) وَقَوْلُهُ (فَبَقِيَ عَلى مُقْتَضَاهُ) كُلُّهَا رَاجِعٌ إلى الوَصِيَّة بِتَأْوِيل الإِيصَاء. وَحَاصِلُ مَعْنَاهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ وُضِعَتْ

لإزالة الملك، إلاَّ أنَّ لفظَها تقاعدَ عنْ إفادَة معْنَاهُ وَهُوَ زوالُ الملك فيمَا إذَا أوْصَى بمَا ليْسَ بقُرْبَة في مُعْتَقَدهمْ، فأمَّا إذَا لاقتْ مَا هُوَ قُرْبَةٌ فيه عَملتْ عَملَهَا. وقَوْلُهُ (ثُمَّ الحَاصلُ أنَّ وصَايَا الذِّمِّيِّ إلخْ) واضحٌ (قَوْلُهُ وهُوَ مَا ذكرْنَاهُ) يُريدُ به الوَصيَّةَ ببناء البيعَة أوْ الكَنيسَة. وقَوْلُهُ (كَمَا ذكرْنَاهُ) يَعْني منْ الخلاف في الوَصيَّة بالبيعَة والكَنيسَة.

وقَوْلُهُ (والوَجْهُ مَا بيَّنَّاهُ) أيْ: منْ الجَانبَيْنِ، وهُوَ أنَّ المُعْتَبَرَ عنْدَهُ اعْتقَادُهُمْ، وعنْدَهُمَا أنَّهُ وَصيَّةٌ بمَعْصيَة. (قَوْلُهُ والجهَةُ مَشُورَةٌ) يَعْني أنَّ كلامَهُ في صَرْف المَال المُوصي به إلى اسْتضَاءَة المَسْجد وغَيْرها خَرَجَ منْهُ على طَريق المَشُورَة لا عَلى طَريق الإلْزَام وقَوْلُهُ (عَلى الخلاف المَعْرُوف في تَصرُّفَاته) يَعْني أنَّها جَائزَةٌ عنْدَهُمَا مَوْقُوفَةٌ عنْدَ أبي حَنيفَةَ إنْ أسْلَمَ نَفَذَ كَسَائر تَصرُّفَاته وإلاَّ فَلا.

وفي المُرْتَدَّة الأصَحُّ أنَّهُ تَصحُّ وَصَايَاهَا لأنَّهَا تَبْقَى عَلى الرِّدَّة، بخلاف **المُرْتَدِّ** لأنَّهُ يُقْتَلُ أوْ يُسْلمُ. قَالَ (**وإذَا دَخَلَ الحَرْبيُّ دَارَنَا بأمَان فَأوْصَى لمُسْلم أوْ ذمِّيٍّ بمَاله كُلِّه جَازَ**) لأنَّ امْتنَاعَ الوَصيَّة بمَا زَادَ عَلى الثُّلُث لحَقِّ الوَرَثَة ولهَذَا تَنْفُذُ بإجَازَتهمْ، ولَيْسَ لوَرَثَته حَقٌّ مَرْعيٌّ لكَوْنهمْ في دَار الحَرْب إذْ هُمْ أمْوَاتٌ في حَقِّنَا، ولأنَّ حُرْمَةَ مَاله باعْتبَار الأمَان، والأمَانُ كَانَ لحَقِّه لا لحَقِّ وَرَثَته، ولوْ كَانَ أوْصَى بأقَلَّ منْ ذَلكَ أُخذَتْ الوَصيَّةُ ويُرَدُّ البَاقي عَلى وَرَثَته وذَلكَ منْ حَقِّ المُسْتَأْمَن أيْضًا.

ولو أعتقَ عبدَهُ عندَ الموتِ أو دبَّرَ عبدَهُ في دارِ الإسلامِ فذلكَ صَحيحٌ منهُ من غيرِ اعتبارِ الثُّلُثِ لمَا بيَّنَّا، وكذلكَ لو أوصَى لهُ مُسلمٌ أو ذمِّيٌّ بوَصيَّةٍ جازَ لأنَّهُ ما دامَ في دارِ الإسلامِ فهُوَ في المُعامَلاتِ بمَنزلةِ الذِّمِّيِّ، ولهَذَا تَصحُّ عُقُودُ التَّمليكَاتِ منهُ في حَالِ حيَاتِهِ، ويَصحُّ تبرُّعُهُ في حيَاتِهِ فكذَا بعدَ ممَاتِهِ.

وعَن أبِي حَنيفةَ وأبِي يُوسُفَ أنَّهُ لا يَجُوزُ لأنَّهُ مُستأمَنٌ من أهلِ الحَربِ إذ هُوَ على قَصدِ الرُّجُوعِ ويُمكَّنُ منهُ، ولا يُمكَّنُ من زيادَةِ المُقَامِ على السَّنَةِ إلاَّ بالجِزيَةِ. ولو أوصَى الذِّمِّيُّ بأكثَرَ من الثُّلُثِ أو لبعضِ ورَثَتِهِ لا يَجُوزُ اعتِبَارًا بالمُسلمِينَ لأنَّهُم التَزَمُوا أحكَامَ الإسلامِ فِيمَا يَرجِعُ إلى المُعامَلاتِ.

الشرح:

وقَوْلُهُ (وفي المُرْتَدَّة الأصَحُّ أنَّهُ تَصحُّ وَصَايَاهَا؛ لأنَّهَا تَبْقَى عَلى الرِّدَّة) وصَارَتْ

كَالذِّمِّيَّةِ. قَال فِي النِّهَايَةِ: وَذَكَرَ صَاحِبُ الكِتَابِ فِي الزِّيَادَاتِ عَلى خِلافِ هَذَا، وَقَال: قَال بَعْضُهُمْ لا تَكُونُ بِمَنْزِلة الذِّمِّيَّةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ حَتَّى لا يَصِحَّ مِنْهَا وَصِيَّةٌ. وَالفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الذِّمِّيَّةِ أَنَّ الذِّمِّيَّةَ تُقَرُّ عَلى اعْتِقَادِهَا، وَأَمَّا المُرْتَدَّةُ فَلا تُقَرُّ عَلى اعْتِقَادِهَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا مُنَافَاةَ بَيْنَ كَلامَيْهِ؛ لأَنَّهُ قَال هُنَاكَ الصَّحِيحُ وَهَاهُنَا الأَصَحُّ وَهُمَا يَصْدُقَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا **دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَى لِمُسْتَأْمَنٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ** جَازَ) قِيلَ هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الوَرَثَةُ مَعَهُ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ فَإِنَّهَا تَتَوَقَّفُ عَلى إِجَازَتِهِمْ، وَإِلى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ (وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ شَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الحَرْبِ) وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ فِي حَقِّ المُسْتَأْمَنِ أَيْضًا) جَوَابٌ عَمَّا يَرِدُ عَلى قَوْلِهِ وَرُدَّ البَاقِي عَلى الوَرَثَةِ وَهُوَ أَنْ يُقَال قَدْ قُلْت: لَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ شَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الحَرْبِ، فَكَيْفَ يُرَدُّ عَلَيْهِمْ البَاقِي.

وَوَجْهُهُ أَنَّ ذَلِكَ الرَّدَّ عَلى الوَرَثَةِ أَيْضًا مُرَاعَاةً لِحَقِّ المُسْتَأْمَنِ؛ لأَنَّ مِنْ حَقِّهِ تَسْلِيمَ مَالِهِ إِلى وَرَثَتِهِ عِنْدَ الفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ وَالزِّيَادَةُ عَلى مِقْدَارِ مَا أَوْصَى بِهِ فَارِغٌ عَنْ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ؛ لأَنَّ امْتِنَاعَ الوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلى الثُّلُثِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عِنْدَ المَوْتِ إلخ) ظَاهِرٌ.

وَلو أَوصَى لخِلافِ مِلَّتِهِ جَازَ اعتِبَارًا بِالإرثِ إِذ الكُفرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَلو أَوصَى لحَرِبِيٍّ فِي دَارِ الإِسلامِ لا يَجُوزُ لأَنَّ الإِرثَ مُمتَنَعٌ لتَبَايُنِ الدَّارَينِ وَالوَصِيَّةُ أُختُهُ، وَاللَّهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الإِسْلامِ) دَارُ الإِسْلامِ ظَرْفٌ لأَوْصَى لا لِقَوْلِهِ حَرْبِيٌّ: أَيْ لَوْ **أَوْصَى الذِّمِّيُّ فِي دَارِ الإِسْلامِ لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الحَرْبِ** لَمْ يَجُزْ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ؛ وَلأَنَّ الذِّمِّيَّ إِذَا أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الإِسْلامِ جَازَ عَلى مَا ذُكِرَ قَبْل هَذَا بِقَوْلِهِ وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لَهُ: أَيْ لِلمُسْتَأْمَنِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ.

بَابُ الوَصِيِّ وَمَا يَملكُهُ

قَال (وَمَن أَوصَى إلى رَجُلٍ فَقَبِل الوَصِيُّ فِي وَجهِ المُوصِي وَرَدَّهَا فِي غَيرِ وَجهِهِ فَليسَ بِردٍّ) لأنَّ المَيِّتَ مَضَى مُعتَمِدًا عَليهِ، فَلو صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيرِ وَجهِهِ فِي حَيَاتِهِ أَو بَعدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَغرُورًا مِن جِهَتِهِ فَرَدَّ رَدَّهُ، بِخِلافِ الوَكِيل بِشرَاءِ عَبدٍ بِغَيرِ عَينِهِ أَو بِبَيعِ مَالِهِ حَيثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيرِ وَجهِهِ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ هُنَاكَ لأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلى التَّصَرُّفِ بِنَفسِهِ (فَإِن رَدَّهَا فِي وَجهِهِ فَهُوَ رَدٌّ) لأَنَّهُ ليسَ للمُوصِي وِلايَةُ إِلزَامِهِ التَّصَرُّفَ، وَلا غُرُورَ فِيهِ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يُنِيبَ غَيرَهُ.

(وَإِن لم يَقبَل وَلم يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ المُوصِي فَهُوَ بِالخِيَارِ إن شَاءَ قَبِل وَإِن شَاءَ لم يَقبَل) لأَنَّ المُوصِيَ ليسَ لهُ وِلايَةُ الإِلزَامِ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا، فَلو أَنَّهُ بَاعَ شَيئًا مِن تَركَتِهِ فَقَد لزِمَتهُ، لأَنَّ ذَلكَ دَلالَةُ الالتِزَامِ وَالقَبُولُ وَهُوَ مُعتَبَرٌ بَعدَ المَوتِ، وَيَنفُذُ البَيعُ لصُدُورِهِ مِن الوَصِيِّ، وَسَوَاءٌ عَلمَ بِالوِصَايَةِ أَو لم يَعلم، بِخِلافِ الوَكِيل إِذَا لم يَعلم بِالتَّوكِيل فَبَاعَ حَيثُ لا يَنفُذُ لأَنَّ الوِصَايَةَ خِلافَةٌ لأَنَّهُ يَختَصُّ بِحَال انقِطَاعِ وِلايَةِ المَيِّتِ فَتَنتَقِلُ الوِلايَةُ إِليهِ.

وَإِذَا كَانَت خِلافَةً لا تَتَوَقَّفُ عَلى العِلمِ كَالوِرَاثَةِ. أَمَّا التَّوكِيلُ إِنَابَةٌ لثُبُوتِهِ فِي حَال قِيَامِ وِلايَةِ المُنِيبِ فَلا يَصِحُّ مِن غَيرِ عِلمِهِ كَإِثبَاتِ المِلكِ بِالبَيعِ وَالشِّرَاءِ وَقَد بَيَّنَّا طَرِيقَ العِلمِ وَشَرطَ الإِخبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِن الكُتُبِ.

(وَإِن لم يَقبَل حَتَّى مَاتَ المُوصِي فَقَال لا أَقبَلُ ثُمَّ قَال أَقبَلُ فَلهُ ذَلكَ إن لم يَكُن القَاضِي أَخرَجَهُ مِن الوَصِيَّةِ حِينَ قَال لا أَقبَلُ) لأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَولِهِ لا أَقبَلُ لا يَبطُلُ الإِيصَاءُ، لأَنَّ فِي إِبطَالِهِ ضَرَرًا بِالمَيِّتِ وَضَرَرُ الوَصِيِّ فِي الإِبقَاءِ مَجبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفعُ الأَوَّل وَهُوَ أَعلى أَولى، إِلاَّ أَنَّ القَاضِيَ إِذَا أَخرَجَهُ عَن الوِصَايَةِ يَصِحُّ ذَلكَ لأَنَّهُ مُجتَهَدٌ فِيهِ، إذ للقَاضِي وِلايَةُ دَفعِ الضَّرَرِ، وَرُبَّمَا يَعجِزُ عَن ذَلكَ فَيَتَضَرَّرُ بِبَقَاءِ الوِصَايَةِ فَيَدفَعُ القَاضِي الضَّرَرَ عَنهُ وَيُنَصِّبُ حَافِظًا لمَال المَيِّتِ مُتَصَرِّفًا فِيهِ فَيَندَفِعُ الضَّرَرُ مِن الجَانِبَينِ فَلهَذَا يَنفُذُ إِخرَاجُهُ، فَلو قَال بَعدَ إِخرَاجِ القَاضِي إِيَّاهُ أَقبَلُ لم يُلتَفَت إِليهِ لأَنَّهُ قَبِل بَعدَ بُطلانِ الوِصَايَةِ بِإِبطَال القَاضِي.

الشرح:

(بَابُ الوَصِيِّ وَمَا يَملكُهُ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ المُوصَى لهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ

المُوصَى إليْهِ وَهُوَ الوَصِيُّ لِمَا أَنَّ كِتَابَ الوَصَايَا يَشْمَلُهُ، لكِنْ قَدَّمَ أَحْكَامَ المُوصَى لهُ لِكَثْرَتِهَا وَكَثْرَةِ وُقُوعِهِ فَكَانَتْ الحَاجَةُ إلى مَعْرِفَتِهَا أَمَسَّ (وَمَنْ أَوْصَى إلى رَجُلٍ) أَيْ جَعَلَهُ وَصِيًّا (فَقَبِلَ الوَصِيُّ فِي وَجْهِ المُوصِي) أَيْ بِعِلْمِهِ (وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ) أَيْ بِغَيْرِ عِلْمِ المُوصِي، هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ، إِشَارَةً إلى أَنَّ المَقْصُودَ بِذَلِكَ عِلْمُ المُوصِي لِيَتَدَارَكَ عِنْدَ رَدِّ المُوصِي.

(فَلَيْسَ بِرَدَّةٍ؛ لأَنَّ المَيِّتَ مَضَى لِسَبِيلِهِ) أَيْ المُوصِي مَاتَ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ بِغَيْرِهِ عَلَمَهُ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ إِضْرَارٌ لا يَجُوزُ فَيَرِدُ رَدُّهُ، وَطُولِبَ بِالفَرْقِ بَيْنَ المُوصَى لهُ وَالمُوصَى إليْهِ فِي أَنَّ قَبُولَ الأَوَّلِ فِي الحَالِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ حَتَّى لوْ قَبِلَهُ فِي حَالِ حَيَاةِ المُوصِي ثُمَّ رَدَّهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَانَ صَحِيحًا، بِخِلافِ الثَّانِي عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ نَفْعَ الأَوَّلِ بِالوَصِيَّةِ لِنَفْسِهِ وَنَفْعَ الثَّانِي لِلْمُوصِي فَكَانَ فِي رَدِّهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ إِضْرَارٌ بِهِ فَلا يَجُوزُ، بِخِلافِ الأَوَّلِ؛ لأَنَّ المُوصَى بِهِ يَرْجِعُ إلى وَرَثَةِ المُوصِي وَلا ضَرَرَ لهُ فِي ذَلِكَ.

وَيُشِيرُ إلى هَذَا الجَوَابِ قَوْلُهُ (بِخِلافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ) أَيْ: فِي غَيْبَتِهِ وَبِغَيْرِ عِلْمِهِ (لأَنَّهُ لا ضَرَرَ هُنَاكَ؛ لأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلَى التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ) فَإِنَّهُ جَعَلَ عِلَّةَ جَوَازِهِ عَدَمَ الضَّرَرِ كَمَا فِي رَدِّ المُوصَى لهُ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مُخَالِفٌ لِعَامَّةِ رِوَايَاتِ الكُتُبِ مِنْ التَّتِمَّةِ وَالذَّخِيرَةِ وَأَدَبِ القَاضِي لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ وَفَتَاوَى قَاضِي خَانْ، وَنَقَلَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى **أَنَّ الوَكِيلَ إِذَا عَزَلَ نَفْسَهُ عَنْ الوَكَالَةِ حَالَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ** لا يَصِحُّ، حَتَّى لوْ عَزَلَ نَفْسَهُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ المُوَكِّلِ لا يَخْرُجُ عَنْ الوَكَالَةِ.

وَلكِنْ لَيْسَ فِيمَا نَقَلَهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الوَكِيلِ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، وَعَنْ هَذَا قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ: رِوَايَةُ عَامَّةِ الكُتُبِ فِيمَا إِذَا كَانَ وَكِيلا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ، وَقَدْ أَشَارَ إليْهِ المُصَنِّفُ فِي كِتَابِ الوَكَالَةِ فِي فَصْلِ الشِّرَاءِ بِقَوْلِهِ عَلَى مَا قِيلَ إِلاَّ بِمَحْضَرٍ مِنْ المُوَكِّلِ، وَذَلِكَ أَيْضًا قَوْلُ المَشَايِخِ عَلَى مَا يُشِيرُ إليْهِ قَوْلُهُ قِيلَ: وَسَبَبُهُ الإِضْرَارُ بِتَغْرِيرِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ وَكِيلا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَلَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَل وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي فَهُوَ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبِل وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ؛ لأَنَّ الْمُوصِيَ لَيْسَ لَهُ وِلايَةُ الإِلزَامِ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا) يَعْنِي كَمَنْ وَكَّل حَال حَيَاته، فَإِنَّهُ مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْ الوَكِيل قَبُولٌ نَصًّا وَلا دَلالةً كَانَ بالخِيَارِ. قِيل كَانَ يَجِبُ أَنْ لا يَكُونَ مُخَيَّرًا؛ لأَنَّهُ لَمَّا بَلَغَهُ الإِيصَاءُ وَلَمْ يَرُدَّهُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ الْمُوصِي وَلَمْ يُوصِ إلى غَيْرِهِ وَفِي ذَلكَ ضَرَرٌ بِهِ وَالضَّرَرُ مَرْفُوعٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُوصِيَ مُغْتَرٌّ حَيْثُ لَمْ يَسْأَلْهُ عَنْ الرَّدِّ وَالقَبُول فَلا يَبْطُلُ الاخْتِيَارُ، بِخِلافِ مَا إذَا قِيل ثُمَّ رَدَّ فِي غَيْبَتِه فَإِنَّهُ غَارٌّ فَيَبْطُلُ اخْتِيَارُهُ.

وَقَوْلُهُ (فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَته) بَيَانُهُ أَنَّ القَبُول يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَلالةً فَإِنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّرِيحِ إذَا لَمْ يُوجَدْ صَرِيحٌ يُخَالِفُهُ لكِنَّهُ يُعْتَبَرُ ذَلكَ بَعْدَ الْمَوْت. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ العِلمِ وَشَرْطَ الإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ الكُتُبِ) مِنْ ذَلكَ مَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي فِي فَصْلِ القَضَاءِ بِالْمَوَارِيث: وَمَنْ أَعْلَمَهُ النَّاسُ بالوَكَالة يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ، وَلا يَكُونُ النَّهْيُ عَنْ الوَكَالة حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَان أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ: أَيْ الوَاحِدُ فِيهِمَا يَكْفِي.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَل حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي فَقَال لا أَقْبَلُ) يَعْنِي أَنَّ الوَصِيَّ إذَا سَكَتَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ثُمَّ بَعْدَ مَمَاته قَال لا أَقْبَلُ ثُمَّ قَبل فَهُوَ وَصِيٌّ إنْ لَمْ يُخْرِجْهُ القَاضِي حِينَ قَال لا أَقْبَلُ؛ لأَنَّ بِمُجَرَّد قَوْله لا أَقْبَلُ لا يَبْطُلُ الإِيصَاءُ عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ؛ لأَنَّ فِي إبْطَاله مَضَرَّةً بالْمَيِّت وَفِي إبْقَائه ضَرَرٌ للوَصِيِّ، لكِنَّ الأَوَّل أَعْلَى لكَوْنِه غَيْرَ مَجْبُورٍ بِشَيْءٍ وَالثَّانِي مَجْبُورٌ بالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الأَعْلَى مِنْ الضَّرَرِ أَوْلَى لا مَحَالةَ.

وَقَوْلُهُ (إلاَّ أَنَّ القَاضِيَ إذَا أَخْرَجَهُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله فَلَهُ ذَلكَ: يَعْنِي أَنَّ القَاضِيَ إذَا أَخْرَجَهُ عَنْهَا حِينَ قَال لا أَقْبَلُ لا يَصِحُّ قَبُولُهُ بَعْدَ ذَلكَ. وَاخْتَلفَ الْمَشَايِخُ فِي تَعْلِيل صِحَّة هَذَا الإِخْرَاجِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَال: القَاضِي حَكَمَ فِي فَصْلٍ مُجْتَهَد فِيه فَيَنْفُذُ، وَإِلَيْه ذَهَبَ الإِمَامُ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال: إنَّمَا صَحَّ؛ لأَنَّ الوِصَايَةَ لوْ صَحَّتْ بِقَبُوله كَانَ للقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ وَيَصِحُّ الإِخْرَاجُ فَهُنَا أَوْلى، وَإِليْه ذَهَبَ شَمْسُ الأَئِمَّة الحَلوَانِيُّ وَالبَاقِي وَاضِحٌ.

قَال (وَمَن أَوصَى إلى عَبدٍ أَو كَافِرٍ أَو فَاسِقٍ أَخرَجَهُم القَاضِي عَن الوِصَايَةِ

وَنَصَّبَ غَيرَهُم) وَهَذَا اللَّفظُ يُشِيرُ إلى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ، لأَنَّ الإِخرَاجَ يَكُونُ بَعدَهَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصل أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيل مَعنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ أَنَّ الوَصِيَّةَ سَتَبطُلُ، وَقِيل مَعنَاهُ فِي العَبدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً لِعَدَمِ وِلايَتِهِ وَاستِبدَادِهِ، وَفِي غَيرِهِ مَعنَاهُ سَتَبطُلُ، وَقِيل فِي الكَافِرِ بَاطِلٌ أَيضًا لِعَدَمِ وِلايَتِهِ عَلى المُسلمِ.

وَوَجهُ الصِّحَّةِ ثُمَّ الإِخرَاجُ أَنَّ الأَصل النَّظَرُ ثَابِتٌ لِقُدرَةِ العَبدِ حَقِيقَةً، وَوِلايَةُ الفَاسِقِ عَلَى أَصلنَا وَوِلايَةُ الكَافِرِ فِي الجُملَةِ، إلاَّ أَنَّهُ لم يَتِمَّ النَّظَرُ لِتَوَقُّفِ وِلايَةِ العَبدِ عَلَى إِجَازَةِ المَولى وَتَمَكُّنِهِ مِن الحَجرِ بَعدَهَا وَالمُعَادَاةِ الدِّينِيَّةِ البَاعِثَةِ لِلكَافِرِ عَلى تَركِ النَّظَرِ فِي حَقِّ المُسلمِ وَاتِّهَامِ الفَاسِقِ بِالخِيَانَةِ فَيُخرِجُهُ القَاضِي مِن الوِصَايَةِ وَيُقِيمُ غَيرَهُ مُقَامَهُ إتمَامًا لِلنَّظَرِ. وَشَرَطَ فِي الأَصل أَن يَكُونَ الفَاسِقُ مَخُوفًا عَليهِ فِي المَال، وَهَذَا يَصلُحُ عُذرًا فِي إخرَاجِهِ وَتَبدِيلِهِ بِغَيرِهِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَوْصَى إلى عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ إلخ) وَمَنْ **أَوْصَى إلى عَبْدِ غَيْرِهِ أَوْ كَافِرٍ ذِمِّيٍّ أَوْ مُسْتَأْمَنٍ أَوْ حَرْبِيٍّ أَوْ فَاسِقٍ** أَخْرَجَهُمْ القَاضِي عَنْ الوَصِيَّةِ وَنَصَّبَ غَيْرَهُمْ، وَهَذَا اللَّفْظُ وَهُوَ لَفْظُ القُدُورِيِّ يُشِيرُ إلى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ؛ لأَنَّ الإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَ الصِّحَّةِ، وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الصُّوَرِ الثَّلاثِ أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. ثُمَّ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِي أَنَّهُ بَاطِلٌ أَصْلا أَوْ مَعْنَاهُ سَيَبْطُلُ. قَال الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: وَإِلَيْهِ ذَهَبَ القُدُورِيُّ وَفَخْرُ الإِسْلامِ البَزْدَوِيُّ وَعَامَّةُ مَشَايِخنَا أَنَّ مَعْنَاهُ سَيَبْطُلُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ العَبْدَ أَهْلُ التَّصَرُّفِ وَلِهَذَا جَازَ تَوْكِيلُهُ، وَلكِنْ لَمَّا كَانَ عَجْزُهُ عَنْ اسْتِيفَاءِ حُقُوقِ المَيِّتِ مَظْنُونًا لِكَوْنِ مَنَافِعِهِ لِلمَوْلى وَالظَّاهِرُ المَنْعُ عَنْ التَّبَرُّعِ بِهَا وَعَلى تَقْدِيرِ الإِجَازَةِ كَانَ لهُ الرُّجُوعُ وَعِنْدَ ذَلِكَ يَعْجِزُ العَبْدُ عَنْ التَّصَرُّفِ بِالوِصَايَةِ. قُلنَا: إنَّهَا سَتَبْطُلُ بِإِخْرَاجِ القَاضِي إيَّاهُ عَنْهَا، وَأَمَّا الكَافِرُ فَقَدْ ذَكَرَ فِي كِتَابِ القِسْمَةِ أَنَّهُ لوْ قَاسَمَ شَيْئًا قَبْل أَنْ يُخْرِجَهُ القَاضِي جَازَ، فَثَبَتَ أَنَّ الإِيصَاءَ صَحِيحٌ لكِنَّهُ لا يَتَوَقَّى البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةَ فَجَازَ لِلقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ عَنْ الوَصِيَّةِ. وَقَال بَعْضُهُمْ إنَّهُ بَاطِلٌ فِي العَبْدِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ، وَذَلِكَ؛ لأَنَّ الوِصَايَةَ وِلايَةٌ مُتَعَدِّيَةٌ، وَليْسَ لِلعَبْدِ وِلايَةٌ عَلى نَفْسِهِ فَضْلا أَنْ يَكُونَ لهُ وِلايَةٌ عَلى غَيْرِهِ، فَقَوْلُهُ لِعَدَمِ وِلايَتِهِ إشَارَةٌ إلى

مَا قَبْلَ الإِجَازَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَاسْتِبْدَادُهُ إلى مَا بَعْدَهَا)؛ لأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الإِعَارَةِ مِنْهُ للعَبْدِ وَلا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللُّزُومُ. وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي الكَافِرِ أَيْضًا بَاطِلٌ لِعَدَمِ وِلايَتِهِ عَلَى المُسْلِمِ. وَوَجْهُ الصِّحَّةِ ثَمَّ الإِخْرَاجُ ظَاهِرٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَعْضًا مِنْهُ آنِفًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ)؛ لأَنَّ المَيِّتَ إِنَّمَا أَوْصَى إِلَيْهِ لِيَنْظُرَ فِي مَالِهِ وَأَوْلادِهِ بَعْدَهُ بِالحِفْظِ وَالصِّيَانَةِ، وَبِالخِيَانَةِ تَرْتَفِعُ الصِّيَانَةُ فَلا يَحْصُلُ الغَرَضُ مِنْ الوِصَايَةِ.

قَالَ (وَمَن أَوصَى إلى عَبدِ نَفسِهِ وَفِي الوَرَثَةِ كِبَارٌ لَم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ) لأَنَّ للكَبِيرِ أَن يَمنَعَهُ أَو يَبِيعَ نَصِيبَهُ فَيَمنَعَهُ المُشتَرِي فَيَعجِزُ عَن الوَفَاءِ بِحَقِّ الوِصَايَةِ فَلا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ وَإِن كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُم فَالوَصِيَّةُ إليهِ جَائِزَةٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلا تَجُوزُ عِندَهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ. وَقِيل قَولُ مُحَمَّدٍ مُضطَرِبٌ، يَروِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ.

وَجهُ القِيَاسِ أَنَّ الوِلايَةَ مُنعَدِمَةٌ لِمَا أَنَّ الرِّقَّ يُنَافِيهَا، وَلأَنَّ فِيهِ إِثبَاتَ الوِلايَةِ لِلمَملُوكِ عَلَى المَالِكِ، وَهَذَا قَلبُ المَشرُوعِ، وَلأَنَّ الوِلايَةَ الصَّادِرَةَ مِن الأَبِ لا تَتَجَزَّأُ، وَفِي اعتِبَارِ هَذِهِ تَجزِئَتُهَا لأَنَّهُ لا يَملِكُ بَيعَ رَقَبَتِهِ وَهَذَا نَقضُ المَوضُوعِ. وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ مُستَبِدٌّ بِالتَّصَرُّفِ فَيَكُونُ أَهلا لِلوِصَايَةِ، وَلَيسَ لأَحَدٍ عَلَيهِ وِلايَةٌ، فَإِنَّ الصِّغَارَ وَإِن كَانُوا مُلاَّكًا لَيسَ لَهُم وِلايَةُ المَنعِ فَلا مُنَافَاةَ.

وَإِيصَاءُ المَولَى إِلَيهِ يُؤذِنُ بِكَونِهِ نَاظِرًا لَهُم وَصَارَ كَالمُكَاتَبِ، وَالوِصَايَةُ قَد تَتَجَزَّأُ عَلَى مَا هُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ، أَو نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيهِ كَي لا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبطَالِ أَصلِهِ، وَتَغيِيرِ الوَصفِ لِتَصحِيحِ الأَصلِ أَولَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى إلى عَبْدِ نَفْسِهِ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ) أَيْ: هَذِهِ الوَصِيَّةِ وَهِيَ وَصِيَّةُ عَبْدِهِ عَلَى الوَرَثَةِ الصِّغَارِ (تَجْزِئَتُهَا؛ لأَنَّهُ لا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ) وَقَوْلُهُ وَهَذَا نَقْضُ المَوْضُوعِ؛ لأَنَّ الوَصِيَّ إِنَّمَا يَمْلِكُ الوِلايَةَ مِنْ المُوصِي وَوِلايَتُهُ لا تَتَجَزَّأُ إِذْ لا يُقَالُ وِلايَتُهُ فِي بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ، فَلَوْ ثَبَتَ التَّجْزِيءُ فِي وِلايَةِ الوَصِيِّ ثَبَتَ فِي وِلايَةِ المُوصِي لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَجَزِّئٍ فَكَانَ عَائِدًا عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ.

وَقَوْلُهُ (إِنَّهُ مُخَاطَبٌ) احْتِرَازٌ عَنْ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ. وَقَوْلُهُ (مُسْتَبِدٌّ) احْتِرَازٌ عَنْ الإِيصَاءِ إلى عَبْدِ الغَيْرِ وَعَمَّا إِذَا كَانَ فِي الوَرَثَةِ كِبَارٌ. وَقَوْلُهُ (لَيْسَ لَهُمْ وِلايَةُ المَنْعِ فَلا مُنَافَاةَ) قِيلَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ فَلِلقَاضِي أَنْ يَبِيعَهُ فَيَتَحَقَّقُ المَنْعُ وَالمُنَافَاةُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الإِيصَاءُ لَمْ يَبْقَ لِلقَاضِي وِلايَةُ البَيْعِ. وَقَوْلُهُ بِكَوْنِهِ نَاظِرًا لَهُمْ؛ لأَنَّ العَاقِلَ لا يَخْتَارُ المَرْقُوقَ دُونَ الأَحْرَارِ كَافَّةً إِلاَّ إِذَا وَثِقَ بِدِيَانَتِهِ وَأَمَانَتِهِ وَشَفَقَتِهِ عَلَى مَنْ خَلَفَهُمْ وَصَارَ كَالمُكَاتَبِ فَإِنَّ الإِيصَاءَ إِلَيْهِ جَائِزٌ فَكَذَلِكَ هَذَا.

قَوْلُهُ (وَالوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجْزِئَتُهَا، وَذَلِكَ أَنَّ الحَسَنَ بْنَ زِيَادٍ رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا **أَوْصَى إِلَى رَجُلَيْنِ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي العَيْنِ وَإِلَى الآخَرِ فِي الدَّيْنِ** أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ وَصِيًّا فِيمَا أَوْصَى إِلَيْهِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ أَيْ: إِلَى التَّجْزِيءِ كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ هَذَا التَّصَرُّفِ وَهُوَ نَصْبُ عَبْدِهِ وَصِيًّا عَلَى الصِّغَارِ. فَإِنْ قِيلَ: يُفْضِي إِلَى تَغْيِيرِ وَصْفِهِ وَهُوَ جَعْلُهُ مُتَجَزِّئًا بَعْدَمَا لَمْ يَكُنْ. قُلْنَا: يُعْتَبَرُ الوَصْفُ لِتَصْحِيحِ الأَصْلِ أَوْلَى مِنْ إِهْدَارِهِ بِالكُلِّيَّةِ.

قَالَ (وَمَن يَعجِزُ عَن القِيَامِ بِالوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيهِ القَاضِي غَيرَهُ) رِعَايَةً لِحَقِّ المُوصِي وَالوَرَثَةِ، وَهَذَا لأَنَّ تَكمِيلَ النَّظَرِ يَحصُلُ بِضَمِّ الآخَرِ إِلَيهِ لِصِيَانَتِهِ وَنَقصِ كِفَايَتِهِ فَيَتِمُّ النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيرِهِ، وَلَو شَكَا إِلَيهِ الوَصِيُّ ذَلِكَ لا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً، لأَنَّ الشَّاكِيَ قَد يَكُونُ كَاذِبًا تَخفِيفًا عَلَى نَفسِهِ، وَإِذَا ظَهَرَ عِندَ القَاضِي عَجزُهُ أَصلا استَبدَلَ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِن الجَانِبَينِ؛ وَلَو كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ أَمِينًا فِيهِ لَيسَ لِلقَاضِي أَن يُخرِجَهُ، لأَنَّهُ لَو اختَارَ غَيرَهُ كَانَ دُونَهُ لِمَا أَنَّهُ كَانَ مُختَارَ المَيِّتِ وَمَرضِيَّهُ فَإِبقَاؤُهُ أَولَى وَلِهَذَا قُدِّمَ عَلَى أَبِي المَيِّتِ مَعَ وُفُورِ شَفَقَتِهِ فَأَولَى أَن يُقَدَّمَ عَلَى غَيرِهِ.

وَكَذَا إِذَا شَكَا الوَرَثَةُ أَو بَعضُهُم الوَصِيَّ إِلَى القَاضِي فَإِنَّهُ لا يَنبَغِي لَهُ أَن يَعزِلَهُ حَتَّى يَبدُوَ لَهُ مِنهُ خِيَانَةٌ لأَنَّهُ استَفَادَ الوِلايَةَ مِن المَيِّتِ، غَيرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَت الخِيَانَةُ فَالمَيِّتُ إِنَّمَا نَصَّبَهُ وَصِيًّا لأَمَانَتِهِ وَقَد فَاتَت، وَلَو كَانَ فِي الأَحيَاءِ لأَخرَجَهُ مِنهَا، فَعِندَ عَجزِهِ يَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ كَأَنَّهُ لا وَصِيَّ لَهُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ يَعْجِزُ عَنْ القِيَامِ بِالوَصِيَّةِ) مَعْنَى قَوْلِهِ بِالوَصِيَّةِ بِالوِصَايَةِ. اعْلَمْ أَنَّ

الأَوْصِيَاءَ ثَلاثَةٌ: عَدْلٌ كَافٍ، وَفَاسِقٌ. وَزَادَ المُصَنِّفُ العَاجِزَ أَصْلًا إِذَا ظَهَرَ لِلقَاضِي عَجْزُ وَصِيٍّ عَنْ الاسْتِبْدَادِ وَهُوَ عَدْلٌ ضُمَّ إِلَيْهِ غَيْرُهُ رِعَايَةً لِحَقِّ المُوصِي وَالوَرَثَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ القَاضِيَ نُصِّبَ نَاظِرًا، وَإِذَا عَلِمَ صِيَانَةَ الوَصِيِّ وَنَقْصَ كِفَايَتِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ تَكْمِيلُ النَّظَرِ وَهُوَ يَحْصُلُ بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ ذَلِكَ عِنْدَهُ لَكِنْ شَكَا إِلَيْهِ الوَصِيُّ ذَلِكَ: أَيْ: عَدَمَ الاسْتِبْدَادِ بِعَجْزِهِ لا يُجِيبُهُ كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

وَلَوْ ظَهَرَ عِنْدَهُ عَجْزٌ أَصْلًا اسْتَبْدَلَ غَيْرَهُ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِنْ الجَانِبَيْنِ: أَيْ جَانِبِ المُوصِي وَالوَصِيِّ، يَقُومُ المَنْصُوبُ مِنْ جِهَةِ القَاضِي بِالتَّصَرُّفِ فِي حَوَائِجِ المُوصِي وَالعَاجِزِ المَعْزُولِ بِقَضَاءِ حُقُوقِ نَفْسِهِ، وَإِذَا كَانَ عَدْلًا كَافِيًا فَلَيْسَ لِلقَاضِي أَنْ يَتَعَرَّضَ إِلَيْهِ بِالإِخْرَاجِ وَإِنْ شَكَاهُ الوَرَثَةُ أَوْ بَعْضُهُمْ إِلَيْهِ، إِذَا ظَهَرَ مِنْهُ خِيَانَةٌ فَإِنَّهُ يَسْتَبْدِلُ بِهِ غَيْرَهُ وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الكِتَابِ.

قَالَ (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ دُونَ صَاحِبِهِ) إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ نُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ لِأَنَّ الوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الوِلَايَةُ وَهِيَ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ لا تَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ لِلأَخَوَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ، وَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا انْتَقَلَتِ الوِلَايَةُ إِلَيْهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِلمُوصِي وَقَدْ كَانَ بِوَصْفِ الكَمَالِ، وَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الأَبِ إِيَّاهُمَا يُؤْذِنُ بِاخْتِصَاصِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّفَقَةِ فَيَنْزِلُ ذَلِكَ مَنْزِلَةَ قَرَابَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَلَهُمَا أَنَّ الوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالتَّفْوِيضِ فَيُرَاعَى وَصْفُ التَّفْوِيضِ وَهُوَ وَصْفُ الاجْتِمَاعِ إِذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيِّدٌ، وَمَا رَضِيَ المُوصِي إِلَّا بِالمُثَنَّى وَلَيْسَ الوَاحِدُ كَالمُثَنَّى، بِخِلَافِ الأَخَوَيْنِ فِي الإِنْكَاحِ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَالِكَ القَرَابَةُ وَقَدْ قَامَتْ بِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا، وَلِأَنَّ الإِنْكَاحَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهَا عَلَى الوَلِيِّ، حَتَّى لَوْ طَالَبَتْهُ بِإِنْكَاحِهَا مِنْ كُفُؤٍ يَخْطُبُهَا يَجِبُ عَلَيْهِ وَهَهُنَا حَقُّ التَّصَرُّفِ لِلوَصِيِّ، وَلِهَذَا يَبْقَى مُخَيَّرًا فِي التَّصَرُّفِ، فَفِي الأَوَّلِ أَوْفَى حَقًّا عَلَى صَاحِبِهِ فَصَحَّ، وَفِي الثَّانِي اسْتَوْفَى حَقًّا لِصَاحِبِهِ فَلَا يَصِحُّ أَصْلُهُ الدَّيْنُ الَّذِي عَلَيْهِمَا وَلَهُمَا، بِخِلَافِ الأَشْيَاءِ المَعْدُودَةِ لِأَنَّهَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ لا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ.

وَمَوَاضِعُ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ أَبَدًا، وَهِيَ مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ وَأَخَوَاتِهَا. فَقَالَ (إِلَّا

فِي شِرَاءِ كَفَنِ الْمَيِّتِ وَتَجهِيزِهِ) لأَنَّ فِي التَّأخِيرِ فَسَادَ المَيِّتِ وَلِهَذَا يَملكُهُ الجِيرَانُ عِندَ ذَلكَ (وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكِسوَتِهِم) لأَنَّهُ يَخَافُ مَوتَهُم جُوعًا وَعُريًا (وَرَدِّ الوَدِيعَةِ بِعَينِهَا وَرَدِّ المَغصُوبِ وَالْمُشتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا وَحِفظِ الأَموَالِ وَقَضَاءِ الدُّيُونِ) لأَنَّهَا لَيسَت مِن بَابِ الوِلايَةِ فَإِنَّهُ يَملكُهُ المَالكُ، وَصَاحِبُ الدَّينِ إِذَا ظَفِرَ بِجِنسِ حَقِّهِ وَحِفظُ المَالِ يَملكُهُ مَن يَقَعُ فِي يَدِهِ فَكَانَ مِن بَابِ الإِعَانَةِ.

وَلأَنَّهُ لا يَحتَاجُ فِيهِ إِلى الرَّأيِ (وَتَنفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَينِهَا وَعِتقِ عَبدٍ بِعَينِهِ) لأَنَّهُ لا يَحتَاجُ فِيهِ إِلى الرَّأيِ (وَالخُصُومَةِ فِي حَقِّ المَيِّتِ) لأَنَّ الاجتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ وَلِهَذَا يَنفَرِدُ بِهَا أَحَدُ الوَكِيلَينِ (وَقَبُولِ الهِبَةِ) لأَنَّ فِي التَّأخِيرِ خِيفَةَ الفَوَاتِ، وَلأَنَّهُ يَملكُهُ الأُمُّ وَالَّذِي فِي حِجرِهِ فَلَم يَكُن مِن بَابِ الوِلايَةِ (وَبَيعِ مَا يَخشَى عَلَيهِ التَّوَى وَالتَّلَفَ) لأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً لا تُخفَى (وَجَمعِ الأَموَالِ الضَّائِعَةِ) لأَنَّ فِي التَّأخِيرِ خَشيَةَ الفَوَاتِ، وَلأَنَّهُ يَملكُهُ كُلُّ مَن وَقَعَ فِي يَدِهِ فَلَم يَكُن مِن بَابِ الوِلايَةِ.

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَيسَ لأَحَدِ الوَصِيَّينِ أَن يَبِيعَ وَيَتَقَاضَى، وَالمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الاقتِضَاءُ، كَذَا كَانَ المُرَادُ مِنهُ فِي عُرفِهِم، وَهَذَا لأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا فِي القَبضِ، وَلأَنَّهُ فِي مَعنَى المُبَادَلَةِ لا سِيَّمَا عِندَ اختِلافِ الجِنسِ عَلَى مَا عُرِفَ فَكَانَ مِن بَابِ الوِلايَةِ وَلَو أَوصَى إِلى كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الانفِرَادِ قِيلَ يَنفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِمَنزِلَةِ الوَكِيلَينِ إِذَا وَكَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى الانفِرَادِ، وَهَذَا لأَنَّهُ لَمَّا أَفرَدَ فَقَد رَضِيَ بِرَأيِ الوَاحِدِ.

وَقِيلَ الخِلافُ فِي الفَصلَينِ وَاحِدٌ، وَهُوَ وَهُوَ الأَصَحُّ لأَنَّ وُجُوبَ الوَصِيَّةِ عِندَ المَوتِ بِخِلافِ الوَكِيلَينِ، لأَنَّ الوَكَالَةَ تَتَعَاقَبُ، فَإِن مَاتَ أَحَدُهُمَا جَعَلَ القَاضِي مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ، أَمَّا عِندَهُمَا فَلأَنَّ البَاقِيَ عَاجِزٌ عَن التَّفَرُّدِ بِالتَّصَرُّفِ فَيَضُمُّ القَاضِي إِلَيهِ وَصِيًّا آخَرَ نَظَرًا لِلمَيِّتِ عِندَ عَجزِهِ. وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ الحَيُّ مِنهُمَا وَإِن كَانَ يَقدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ فَالمُوصِي قَصَدَ أَن يَخلُفَهُ مُتَصَرِّفًا فِي حُقُوقِهِ، وَذَلِكَ مُمكِنُ التَّحَقُّقِ بِنَصبِ وَصِيٍّ آخَرَ مَكَانَ المَيِّتِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى إلى اثْنَيْنِ إلخ) رُوِيَ عَنْ أَبِي القَاسِمِ الصَّفَّارِ أَنَّهُ قَالَ: هَذَا الخِلافُ بَيْنَهُمْ فِيمَا إذَا أَوْصَى إلَيْهِمَا جَمِيعًا مَعًا بِعَقْدٍ وَاحِدٍ، فَأَمَّا إذَا أَوْصَى إلى كُلِّ

وَاحد منْهُمَا بعَقْد عَلى حدَة فَإنَّهُ يَنْفَردُ كُلُّ وَاحد منْهُمَا بالتَّصرُّف بلا خلاف. قَال الفَقيهُ أَبو اللَّيْثِ: هَذَا أَصَحُّ وَبِهِ نَأْخُذُ بِمَنْزِلَةِ **الوَكِيلَيْنِ إذَا وَكَّل كُلا مِنْهُمَا عَلى الانْفِرَادِ.**

وَحُكِيَ عَنْ أَبي بَكْرٍ الإسْكَاف أَنَّهُ قَال: الخلافُ فيهِمَا جَميعًا سَوَاءٌ أَوْصَى إلَيْهِمَا جَميعًا أَوْ مُتَفرِّقًا. وَجَعَل في المَبْسُوط هَذَا الأَصَحَّ؛ لأَنَّ وُجُوبَ الوَصيَّة إنَّمَا يَكُونُ عنْدَ المَوْتِ وَحينَئذ ثَبتَ الوَصيَّةُ لَهُمَا مَعًا فَلا فَرْقَ بَيْنَ الافْتِرَاقِ وَالاجْتمَاعِ، بخلافِ الوَكَالة، وَإنَّمَا قَال إلاَّ في أَشْيَاءَ مَعْدُودَة وَلَمْ يَذْكُرْ كَمِّيَّتَهَا لاخْتلاف أَقْوَال العُلمَاءِ فيهَا، فَذَكَرَ في الأَسْرَارِ ستَّةً، وَهُوَ مَا عَدَا تَنْفيذَ الوَصيَّة المُعيَّنَة، وَقَبُول الهبَة، وَجَمْعَ الأَمْوَال الضَّائعَة منْ تَجْهيزِ الميِّت وَقَضَاءِ الدَّيْنِ بجنْسِ حَقِّه، وَشرَاءَ مَا لا بُدَّ للصَّغيرِ منْهُ، وَبَيْعَ مَا يُسْرِعُ إلَيْه الفَسَادُ، وَرَدَّ الغَصْب، الوَديعَة وَالخُصُومَة.

وَذَكَرَ في الجَامعِ الصَّغيرِ لقَاضي خَانْ ثَمَانيَةً وَهيَ السِّتَّةُ المَذْكُورَةُ في الأَسْرَارِ، وَتَنْفيذُ الوَصيَّة، وَقَبُولُ الهبَة. وَذَكَرَ فيه أَيْضًا جَمْعَ الأَمْوَال الضَّائعَة، قيل: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَبُولُ الهبَة منْ جنْسِ جَمْعِ الأَمْوَال الضَّائعَة فَيُعَدَّان وَاحدًا كَيْ لا يَزْدَادَ مَا نَصَّ عَلَيْه منْ الثَّمَانيَة، وَالَّذي ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ أَكْثَرُ منْ ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (سَبيلُهَا الولايَةُ) يَعْني أَنَّهَا لا تَثْبُتُ لمَنْ لا تَثْبُتُ لهُ الولايَةُ بالتَّوْليَة كَالكَافرِ وَالعَبْد عَلى مَا مَرَّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهَا لَيْسَتْ منْ بَاب الولايَة) أَيْ: الولايَة المُسْتَفَادَة منْ المُوصي لتَحقُّقهَا منْ غَيْرِ مَنْ أَوْصَى إلَيْه، وَذَكَرَ روَايَةَ الجَامعِ الصَّغيرِ لبَيَان أَنَّ اقْتضَاءَ الدَّيْنِ: أَيْ قَبْضَهُ لَيْسَ كَقَضَائه بَل هُوَ عَلى الاخْتلاف. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَوْصَى إلى كُلِّ وَاحد منْهُمَا عَلى الانْفرَاد) ذَكَرْنَاهُ في مَطْلعِ الكَلامِ مَعَ ذكْرِ صَاحب كُلِّ قَوْلٍ منْهُمَا. وَقَوْلُهُ (فَإنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا) مُتَّصلٌ بأَوَّل الكَلام.

وَلو أَنَّ المَيِّتَ مِنهُمَا أَوصَى إلى الحَيِّ فَللحَيِّ أَن يَتَصرَّفَ وَحدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بِمَنزِلَةِ مَا إذَا أَوصَى إلى شَخصٍ آخَرَ. وَلا يَحتَاجُ القَاضِي إلى نَصبِ وَصِيٍّ آخَرَ لأَنَّ رَأيَ المَيِّتِ بَاقٍ حُكمًا بِرَأيِ مَن يَخلُفُهُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَنفَرِدُ بِالتَّصرُّفِ لأَنَّ المُوصِيَ مَا رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَحدَهُ، بِخِلافِ مَا إذَا أَوصَى إلى غَيرِهِ لأَنَّهُ يَنفُذُ تَصَرُّفُهُ بِرَأيِ المُثَنَّى كَمَا رَضِيَهُ المُتَوَفَّى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَنَّ المَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَى إلى الحَيِّ) ظَاهِرٌ.

وَإِذَا مَاتَ الوَصِيُّ وَأَوصَى إلى آخَرَ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ المَيِّتِ الأوَّل عِندَنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ الأوَّل اعتِبَارًا بِالتَّوكِيل فِي حَالَةِ الحيَاةِ، الجَامِعُ بَينَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِرَأيِهِ لا بِرَأيِ غَيرِهِ. وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوِلايَةٍ مُنتَقِلَةٍ إليهِ فَيَملِكُ الإِيصَاءَ إلى غَيرِهِ كَالجَدِّ؛ أَلا يُرَى أَنَّ الوِلايَةَ الَّتِي كَانَت ثَابِتَةً لِلمُوصِي تَنتَقِلُ إلى الوَصِيِّ فِي المَال وَإلى الجَدِّ فِي النَّفسِ، ثُمَّ الجَدُّ قَائِمٌ مُقَامَ الأبِ فِيمَا انتَقَل إليهِ فَكَذَا الوَصِيُّ.

وَهَذَا لأنَّ الإِيصَاءَ إِقَامَةُ غَيرِهِ مُقَامَهُ فِيمَا لَهُ وِلايَتُهُ، وَعِندَ المَوتِ كَانَت لَهُ وِلايَةٌ فِي التَّرِكَتَينِ فَيَنزِلُ الثَّانِي مَنزِلَتَهُ فِيهِمَا. وَلأنَّهُ لَمَّا استَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ مَعَ عِلمِهِ أَنَّهُ قَد تَعتَرِيهِ المَنِيَّةُ قَبل تَتمِيمِ مَقصُودِهِ بِنَفسِهِ وَهُوَ تَلافِي مَا فَرَّطَ مِنهُ صَارَ رَاضِيًا بِإِيصَائِهِ إلى غَيرِهِ، بِخِلافِ الوَكِيل لأنَّ المُوَكِّل حَيٌّ يُمكِنُهُ أَن يُحَصِّل مَقصُودَهُ بِنَفسِهِ فَلا يَرضَى بِتَوكِيل غَيرِهِ وَالإِيصَاءُ إليهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِلى الجَدِّ فِي النَّفْسِ) يَعْنِي إذَا مَاتَ الأَبُ كَانَ وِلايَةُ تَزْوِيجِ الصِّغَارِ وَالصَّغَائِرِ وَاسْتِيفَاءُ القِصَاصِ لِلجَدِّ، فَكَذَا الوَصِيُّ فِيمَا انْتَقَل إلَيْهِ؛ لأَنَّهُ خَلَفٌ عَنْ الأَوَّل، وَبِاعْتِبَارِ هَذِهِ الخِلافَةِ يُجْعَلُ الأَوَّلُ قَائِمًا حُكْمًا. وَالخَلَفُ يَعْمَلُ عَمَل الأَصْل عِنْدَ عَدَمِ الأَصْل. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ المَوْتِ كَانَ لَهُ وِلايَةٌ) أَيْ عِنْدَ مَوْتِ المُوصِي كَانَ لِلوَصِيِّ وِلايَةٌ فِي التَّرِكَتَيْنِ: أَيْ فِي تَرِكَةِ نَفْسِهِ سَمَّاهُ تَرِكَةً بِاعْتِبَارِ مَا يَئُولُ إلَيْهِ، وَتَرِكَةِ مُوصِيهِ. أَمَّا فِي تَرِكَتِهِ؛ فَبِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مِلكُهُ. وَأَمَّا فِي تَرِكَةِ مُوصِيهِ؛ فَبِاعْتِبَارِ الوِصَايَةِ إلَيْهِ فَيَنْزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا. وَقَوْلُهُ (فَلا يَرْضَى بِتَوْكِيل غَيْرِهِ) أَيْ: لا يَرْضَى المُوَكِّلُ بِأَنْ يُوَكِّل وَكِيلُهُ غَيْرَهُ أَوْ يُوصِيَ إلى غَيْرِهِ.

قَال (وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَى لَهُ عَن الوَرَثَةِ جَائِزَةٌ وَمُقَاسَمَتُهُ الوَرَثَةَ عَن المُوصَى لَهُ بَاطِلَةٌ) لأنَّ الوَارِثَ خَلِيفَةُ المَيِّتِ حَتَّى يَرُدَّ بِالعَيبِ وَيُرَدُّ عَلَيهِ بِهِ وَيَصِيرَ مَغرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ وَالوَصِيُّ خَلِيفَةُ المَيِّتِ أَيضًا فَيَكُونُ خَصمًا عَن الوَارِثِ إذَا كَانَ غَائِبًا فَصَحَّت

قِسمتُهُ عَليهِ، حتَّى لو حضَرَ وَقَد هَلكَ مَا فِي يَدِ الوَصِيِّ ليسَ لهُ أن يُشَارِكَ المُوصَى لهُ.

أمَّا المُوصَى لهُ فَليسَ بِخليفَةٍ عَن المَيِّتِ مِن كُلِّ وَجهٍ لأنَّهُ مَلَكَهُ بِسبَبٍ جَدِيدٍ، وَلهَذَا لا يُرَدُّ بِالعَيبِ وَلا يُرَدُّ عَليهِ، وَلا يَصِيرُ مَغرُورًا بِشِرَاءِ المُوصِي فَلا يَكُونُ الوَصِيُّ خَليفَةً عَنهُ عِندَ غَيبَتِهِ، حتَّى لو هَلكَ مَا أفرَزَ لهُ عِندَ الوَصِيِّ كَانَ لهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ لأنَّ القِسمَةَ لم تَنفُذ عَليهِ، غَيرَ أنَّ الوَصِيَّ لا يَضمَنُ لأنَّهُ أمِينٌ فِيهِ، وَلهُ وِلايَةُ الحِفظِ فِي التَّركَةِ فَصَارَ كَمَا إذَا هَلكَ بَعضُ التَّركَةِ قَبل القِسمَةِ فَيَكُونُ لهُ ثُلُثُ البَاقِي لأنَّ المُوصَى لهُ شَرِيكُ الوَارِثِ فَيَتوَى مَا تَوِيَ مِن المَال المُشتَرَكِ على الشَّرِكَةِ وَيَبقَى مَا بَقِيَ عَلى الشَّرِكَةِ.

قَال (فَإِن قَاسَمَ الوَرَثَةَ وَأخَذَ نَصِيبَ المُوصَى لهُ فَضَاعَ رَجَعَ المُوصَى لهُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَال (وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَى لهُ عَنْ الوَرَثَة جَائزَةٌ) رَجُلٌ أَوْصَى إلى رَجُلٍ وَأَوْصَى لرَجُلٍ آخرَ بثُلُث مَاله وَلهُ وَرَثَةٌ صغَارٌ أَوْ كبَارٌ غُيَّبٌ فَقَاسَمَ الوَصيُّ المُوصَى لهُ نَائبًا عَنْ الوَرَثَة وَأَعْطَاهُ الثُّلُثَ، وَأَمْسَكَ الثُّلُثَيْنِ للوَرَثَة فَالقسْمَةُ نَافذَةٌ عَلى الوَرَثَة في المَنْقُول، وَالعَقَارِ إنْ كَانُوا صغَارًا، وَفي المَنْقُول إنْ كَانُوا كبَارًا، حَتَّى لوْ هَلكَ حصَّةُ الوَرَثَة في يَده لمْ تَرْجعْ الوَرَثَةُ عَلى المُوصَى لهُ بشَيْءٍ.

وَأَمَّا إنْ كَانَ الوَارثُ كَبيرًا حَاضرًا وَصَاحبُ الوَصيَّة غَائبًا فَقَاسَمَ الوَصيُّ مَعَ الوَارث عَنْ المُوصَى لهُ فَأَعْطَى الوَرَثَةَ حَقَّهُمْ وَأَمْسَكَ الثُّلُثَ للمُوصَى لهُ لمْ تَنْفُذْ القسْمَةُ عَلى المُوصَى لهُ صَغيرًا كَانَ أَوْ كَبيرًا حَاضرًا أَوْ غَائبًا في المَنْقُول وَالعَقَار جَميعًا.

حَتَّى لوْ هَلكَ في يَد الوَصيِّ مَا أَفْرَزَهُ كَانَ لهُ أَنْ يَرْجعَ عَلى الوَرَثَة بثُلُث مَا في أَيْديهمْ، وَالفَرْقُ بَيْنَ المَنْقُول وَالعَقَار أَنَّ الوَرَثَةَ إذَا كَانُوا صغَارًا كَانَ للوَصيِّ بَيْعُ نَصيب الصِّغَار منْ المَنْقُول وَالعَقَار جَميعًا، أَمَّا إذَا كَانُوا كبَارًا فَليْسَ لهُ بَيْعُ العَقَار عَليْهمْ وَلهُ ولايَةُ بَيْع المَنْقُول، فَكَذَا القسْمَةُ؛ لأَنَّهَا نَوْعُ بَيْعٍ، وَوَجْهُ المَسْأَلة مَا ذَكَرَهُ في الكتَاب. وَحَاصلُهُ أَنَّ الوَرَثَةَ وَالوَصيَّ كلاهُمَا خَلفٌ عَنْ المَيِّت فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الوَصيُّ خَصْمًا عَنْهُمْ، وَقَائمًا مَقَامَهُمْ. وَأَمَّا المُوصَى لهُ فَليْسَ بخَليفَة عَنْ المَيِّت بكُلِّ وَجْه فَلا يَكُونُ

بَيْنَهُ، وَبَيْنَ الوَصِيِّ مُنَاسَبَةٌ حَتَّى يَكُونَ خَصْمًا عَنْهُ، وَقَائِمًا مَقَامَهُ فِي نُفُوذِ القِسْمَةِ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ: (حَتَّى يَرُدَّ بِالعَيْبِ) أَيْ: فِيمَا اشْتَرَاهُ المُورِثُ (وَيُرَدُّ عَلَيْهِ) أَيْ: فِيمَا بَاعَهُ المُورِثُ وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا **اشْتَرَى جَارِيَةً فَمَاتَ ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا الوَارِثُ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ الجَارِيَةُ** فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِ المَيِّتِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ خَلِيفَةً لَمَا رَجَعَ، كَمَا لَوْ بَاعَهَا المُورِثُ مِنْ آخَرَ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَإِنَّ المُشْتَرِيَ يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ دُونَ بَائِعِ بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنْ بَائِعِهِ حَتَّى يَكُونَ غُرُورُهُ كَغُرُورِهِ.

(وَقَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ الوَصِيَّ لا يَضْمَنُ) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْدِيرُهُ إِذَا كَانَتْ القِسْمَةُ غَيْرَ صَحِيحَةٍ كَانَ تَصَرُّفُهُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ وَهَلَكَ المَالُ بَعْدَ ذَلِكَ الفِعْلِ الَّذِي هُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَيَجِبُ الضَّمَانُ، كَمَا لَوْ تَعَدَّى عَلَى المَالِ وَاسْتَهْلَكَهُ، وَوَجْهُ الجَوَابِ مَا قَالَ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وِلايَةُ الحِفْظِ فِي التَّرِكَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ القِسْمَةِ إلخ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَا أَفْرَزَهُ لِلوَرَثَةِ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ الحِفْظَ إِنَّمَا يُتَصَوَّرُ فِي ذَلِكَ.

أَمَّا لَوْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِمْ فَالمُوصَى لَهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ القَابِضَ بِالقَبْضِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الدَّافِعَ بِالدَّفْعِ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ. فَإِنْ قَاسَمَ الوَرَثَةَ كَانَ مَعْلُومًا مِنْ سِيَاقِ كَلامِهِ، وَلَكِنْ ذَكَرَهُ لِكَوْنِهِ لَفْظَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَقَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ (لِأَنَّ القِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ).

قَالَ (وَإِن كَانَ المَيِّتُ أَوصَى بِحَجَّةٍ فَقَاسَمَ فِي الوَرَثَةِ فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ حَجَّ عَن المَيِّتِ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِن دَفَعَهُ إِلى رَجُلٍ لِيَحُجَّ عَنهُ فَضَاعَ فِي يَدِهِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِن كَانَ مُستَغرِقًا لِلثُّلُثِ لَم يَرجِع بِشَيءٍ، وَإِلاَّ يَرجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَرجِعُ بِشَيءٍ لِأَنَّ القِسمَةَ حَقُّ المُوصِي، وَلَو أَفرَزَ المُوصِي بِنَفسِهِ مَالا لِيَحُجَّ عَنهُ فَهَلَكَ لا يَلزَمُهُ شَيءٌ وَبَطَلَت الوَصِيَّةُ، فَكَذَا إِذَا أَفرَزَهُ وَصِيُّهُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ.

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَحَلَّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ فَيَجِبُ تَنفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وَإِذَا لَم يَبقَ بَطَلَت لِفَوَاتِ مَحَلِّهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ القِسمَةَ لا تُرَادُ لِذَاتِهَا بَل لِمَقصُودِهَا وَهُوَ تَأدِيَةُ الحَجِّ فَلَم تُعتَبَر دُونَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبلَ القِسمَةِ فَيَحُجُّ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَلِأَنَّ تَمَامَهَا بِالتَّسلِيمِ إِلى الجِهَةِ المُسَمَّاةِ، إِذ لا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَم يُصرَف إِلى ذَلِكَ الوَجهِ لَم يَتِمَّ فَصَارَ

كَهَلاكِهِ قَبلهَا.

الشرح:

(قَال وَإِنْ كَانَ المَيِّتُ أَوْصَى بِحَجَّةٍ إلخ) **رَجُلٌ مَاتَ وَتَرَكَ أَرْبَعَةَ آلاف دِرْهَمٍ وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ وَكَانَ مِقْدَارُ الحَجِّ أَلفَ دِرْهَمٍ فَأَخَذَ الوَصِيُّ أَلفًا وَدَفَعَهَا إلى الَّذِي يَحُجُّ عَنْهُ فَسُرِقَتْ فِي الطَّرِيقِ** قَال أَبُو حَنِيفَةَ: يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ التَّرِكَةِ وَهُوَ أَلفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ سُرِقَتْ ثَانِيًا يُؤْخَذُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ مَرَّةً أُخْرَى هَكَذَا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يُؤْخَذُ مَا بَقِيَ مِنْ ثُلُثِ جَمِيعِ المَال وَذَلِكَ ثَلاثُمِائَةٍ وَثَلاثَةٌ وَثَلاثُونَ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ سُرِقَتْ ثَانِيًا لا يُؤْخَذُ مَرَّةً أُخْرَى.

وَقَال مُحَمَّدٌ: إذَا سُرِقَتْ الأَلفُ الأُولى بَطَلتْ الوَصِيَّةُ فَلا يُؤْخَذُ مِنْهُ مَرَّةً أُخْرَى. وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قال (وَمَن أَوصَى بِثُلُثِ أَلفِ دِرهَمٍ فَدَفَعَهَا الوَرَثَةُ إلى القَاضِي فَقَسَمَهَا وَالمُوصَى لهُ غَائِبٌ فَقِسمَتُهُ جَائِزَةٌ) لأَنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَلهَذَا لو مَاتَ المُوصَى لهُ قَبل القَبُول تَصِيرُ الوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لوَرَثَتِهِ وَالقَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لا سِيَّمَا فِي حَقِّ المَوتَى وَالغُيَّبِ، وَمِن النَّظَرِ إفرَازُ نَصِيبِ الغَائِبِ وَقَبضِهِ فَنَفَذَ ذَلكَ وَصَحَّ، حَتَّى لو حَضَرَ الغَائِبُ وَقَد هَلكَ المَقبُوضُ لم يَكُن لهُ عَلى الوَرَثَةِ سَبِيلٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلفِ دِرْهَمٍ) وَاضِحٌ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَذَكَرَ الإِمَامُ المَحْبُوبِيُّ أَنَّ هَذَا الجَوَابَ فِيمَا إذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ؛ لأَنَّ القِسْمَةَ فِيهِ تَمْيِيزٌ لا مُبَادَلةٌ حَتَّى يَنْفَرِدَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَلا رِضًا، وَيَجُوزُ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً عَلى مَا قَامَ عَليْهِ مِنْ الثَّمَنِ، فَأَمَّا فِيمَا لا يُكَالُ وَلا يُوزَنُ فَلا يَجُوزُ؛ لأَنَّ القِسْمَةَ فِيهِ مُبَادَلةٌ كَالبَيْعِ، وَبَيْعُ مَال الغَائِبِ لا يَجُوزُ فَكَذَا قِسْمَتُهُ. قُلت: وَضْعُ المَسْأَلةِ فِي الدَّرَاهِمِ لعَلَّهُ إشَارَةٌ إلى ذَلكَ فَإِنَّهَا مِمَّا يُوزَنُ.

قال (وَإِذَا بَاعَ الوَصِيُّ عَبدًا مِن التَّرِكَةِ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِن الغُرَمَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ) لأَنَّ الوَصِيَّ قَائِمٌ مُقَامَ المُوصِي، وَلو تَوَلَّى حَيًّا بِنَفسِهِ يَجُوزُ بَيعُهُ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِن الغُرَمَاءِ وَإِن كَانَ فِي مَرَضِ مَوتِهِ فَكَذَا إذَا تَوَلاَّهُ مَن قَامَ مَقَامَهُ، وَهَذَا لأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِالمَالِيَّةِ

لا بِالصُّورَةِ وَالبَيعُ لا يُبطِلُ المَالِيَّةَ لِفوَاتِهَا إلى خَلَفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ. بِخِلافِ العَبدِ المَديُونِ لأنَّ للغُرَمَاءِ حَقَّ الاستِسعَاءِ وَأمَّا هَهُنَا فَبِخِلافِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَاعَ الوَصِيُّ عَبْدًا مِنْ التَّرِكَةِ) ذَكَرَهُ لِلفَرْقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَا إذَا بَاعَ المَوْلَى أَوْ وَصِيُّهُ عَبْدَهُ المَأْذُونَ لهُ المَدْيُونَ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ غُرَمَاءِ العَبْدِ؛ فَإِنَّ ذَلكَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ لِغَرِيمِ العَبْدِ هُنَاكَ حَقًّا فِي اسْتِسْعَاءِ العَبْدِ وَبَعْدَ البَيْعِ لا يَبْقَى، فَكَانَ فِي البَيْعِ إِبْطَالُ حَقِّ الغُرَمَاءِ فَلا يَنْفُذُ بِغَيْرِ إجَازَتِهِمْ. وَأَمَّا هَهُنَا فَلَيْسَ لِغَرِيمِ المَوْلَى حَقٌّ فِي اسْتِسْعَاءِ العَبْدِ، إِنَّمَا حَقُّهُ فِي اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنْ الثَّمَنِ فَلَمْ يَكُنْ البَيْعُ مُبْطِلا حَقَّ الغَرِيمِ بَل يَكُونُ مُحَقِّقًا لهُ؛ لأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّرَاهِمِ أَوْ الدَّنَانِيرِ لا فِي عَيْنِ العَبْدِ وَبِالبَيْعِ يَحْصُلُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ الغُرَمَاءِ) يَعْنِي إذَا بَاعَ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ.

قَال (وَمَن أوصَى بِأَن يُبَاعَ عَبدُهُ وَيَتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلى المَسَاكِينِ فَبَاعَهُ الوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَضَاعَ فِي يَدِهِ فَاستَحَقَّ العَبدُ ضَمِنَ الوَصِيُّ) لأنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَكُونُ العُهدَةُ عَليهِ، وَهَذِهِ عُهدَةٌ لأنَّ المُشتَرِيَ مِنهُ مَا رَضِيَ بِبَذلِ الثَّمَنِ إلاَّ لِيُسَلَّمَ لهُ المَبِيعَ وَلم يُسَلَّم فَقَد أَخَذَ الوَصِيُّ البَائِعُ مَالَ الغَيرِ بِغَيرِ رِضَاهُ فَيَجِبُ عَليهِ رَدُّهُ.

قَال (وَيَرجِعُ فِيمَا تَرَكَ المَيِّتُ) لأنَّهُ عَامِلٌ لهُ فَيَرجِعُ عَليهِ كَالوَكِيل. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أوَّلا: لا يَرجِعُ لأنَّهُ ضَمِنَ بِقَبضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إلى مَا ذَكَرنَا وَيَرجِعُ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرجِعُ فِي الثُّلُثِ لأنَّ الرُّجُوعَ بِحُكمِ الوَصِيَّةِ فَأَخَذَ حُكمَهَا، وَمَحَلُّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ.

وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَرجِعُ عَليهِ بِحُكمِ الغُرُورِ وَذَلكَ دَينٌ عَليهِ وَالدَّينُ يُقضَى مِن جَمِيعِ التَّرِكَةِ، بِخِلافِ القَاضِي أَو أَمِينِهِ إذَا تَوَلَّى البَيعَ حَيثُ لا عُهدَةَ عَليهِ، لأنَّ فِي إلزَامِهَا القَاضِيَ تَعطِيلُ القَضَاءِ، إذ يَتَحَامَى عَن تَقَلُّدِ هَذِهِ الأَمَانَةِ حَذَرًا عَن لُزُومِ الغَرَامَةِ فَتَتَعَطَّلُ مَصلحَةُ العَامَّةِ وَأَمِينُهُ سَفِيرٌ عَنهُ كَالرَّسُول، وَلا كَذَلكَ الوَصِيُّ لأنَّهُ بِمَنزِلةِ الوَكِيل وَقَد مَرَّ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، فَإِن كَانَت التَّرِكَةُ قَد هَلكَت أَو لم يَكُن بِهَا وَفَاءٌ لم يَرجِع بِشَيءٍ كَمَا إذَا كَانَ عَلى المَيِّتِ دَينٌ آخَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيُتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ بِقَبْضِهِ) أَيْ لا بِعَمَلٍ آخَرَ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ الْعَبْدِ تَبَيَّنَ بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَكُنْ عَامِلا لِلْمُوصِي وَلا لِوَرَثَتِهِ. وَقَوْلُهُ (؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ)؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ لِتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ، وَالْوَصِيَّةُ تَنْفُذُ مِنْ الثُّلُثِ.

وَقَوْلُهُ (أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ) أَيْ: بِحُكْمِ أَنَّ الْمَيِّتَ غَرَّهُ بِقَوْلِهِ هَذَا مِلْكِي فَإِنَّهُ لَمَّا أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ، وَالتَّصَدُّقِ بِثَمَنِهِ كَانَ قَائِلا هَذَا الْعَبْدُ مِلْكِي فَكَانَ الْوَصِيُّ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَكَانَ ذَلِكَ الضَّمَانُ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ، وَالدَّيْنُ يُقْضَى مِنْ جَمِيعِ التَّرِكَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ) يَعْنِي فِي آخِرِ فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِذَا بَاعَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ إلخْ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) أَيْ: لا عَلَى الْوَرَثَةِ وَلا عَلَى الْمَسَاكِينِ إنْ كَانَ تَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَقَعْ إلاَّ لِلْمَيِّتِ فَصَارَ كَمَا إذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ، وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ مُحَالا إلَى الْمُنْتَقَى أَنَّ الْوَصِيَّ يَرْجِعُ عَلَى الْمَسَاكِينِ، وَالْقِيَاسُ هَكَذَا؛ لِأَنَّ غُنْمَ تَصَرُّفِ الْوَصِيِّ عَادَ إلَيْهِمْ فَالْغُرْمُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِمْ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُخَالِفُ رِوَايَةَ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْمَيِّتَ أَصْلٌ فِي غُنْمِ هَذَا التَّصَرُّفِ وَهُوَ الثَّوَابُ وَالْفَقِيرُ تَبَعٌ لَهُ.

قَالَ (وَإِن قَسَمَ الوَصِيُّ المِيرَاثَ فَأَصَابَ صَغِيرًا مِن الوَرَثَةِ عَبدٌ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَهَلَكَ وَاستَحَقَّ العَبدَ رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ) لأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، وَيَرجِعُ الصَّغِيرُ عَلَى الوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ لانتِقَاضِ القِسمَةِ بِاستِحقَاقِ مَا أَصَابَهُ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ فَإِنْ قَسَمَ الْوَصِيُّ الْمِيرَاثَ إلخْ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَإِذَا احتَالَ الوَصِيُّ بِمَالِ اليَتِيمِ فَإِن كَانَ خَيرًا لِليَتِيمِ جَازَ) وَهُوَ أَن يَكُونَ أَملأَ، إذ الوِلايَةُ نَظَرِيَّةٌ، وَإِن كَانَ الأَوَّلُ أَملأَ لا يَجُوزُ لأَنَّ فِيهِ تَضيِيعَ مَالِ اليَتِيمِ عَلَى بَعضِ الوُجُوهِ.

الشرح:

وَكَذَا قَوْلُهُ (وَإِذَا احْتَالَ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ) وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إذَا كَانَ الْمُحِيلُ،

وَالمُحَالُ عَلَيْهِ سَوَاءً فِي المُلاءَةِ. وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ فِيهِ اخْتِلافَ المَشَايِخِ، وَمَنْ لا يُجَوِّزُهُ يَحْتَاجُ لِلفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لَوْ بَاعَ الوَصِيُّ مَالَ اليَتِيمِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ فَإِنَّهُ جَائِزٌ عَلَى مَا يَجِيءُ. وَالفَرْقُ أَنَّ البَيْعَ مُعَاوَضَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَالوَصِيُّ يَمْلِكُهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا غَبَنٌ فَاحِشٌ.

فَأَمَّا الحَوَالَةُ فَلَيْسَتْ كَذَلِكَ لِجَوَازِهَا بِالمُسْلَمِ فِيهِ وَبِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ، وَلَوْ كَانَتْ مُعَاوَضَةً مِنْ كُلِّ وَجْهٍ كَانَ اسْتِبْدَالا بِالمُسْلَمِ فِيهِ وَبِرَأْسِ المَالِ وَهُوَ لا يَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُبَادَلَةً كَانَتْ كَالهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ، وَالوَصِيُّ لا يَمْلِكُهَا مِنْ مَالِ اليَتِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَيْضًا عَلَى ذَلِكَ.

قَال (وَلا يَجُوزُ بَيعُ الوَصِيِّ وَلا شِرَاؤُهُ إِلاَّ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لأَنَّهُ لا نَظَرَ فِي الغَبَنِ الفَاحِشِ، بِخِلافِ اليَسِيرِ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ التَّحَرُّزُ عَنهُ، فَفِي اعتِبَارِهِ انسِدَادُ بَابِهِ. وَالصَّبِيُّ المَأذُونُ وَالعَبدُ المَأذُونُ وَالمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيعُهُم وَشِرَاؤُهُم بِالغَبَنِ الفَاحِشِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُم يَتَصَرَّفُونَ بِحُكمِ المَالِكِيَّةِ، وَالإِذنُ فَكُّ الحَجرِ، بِخِلافِ الوَصِيِّ لأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكمِ النِّيَابَةِ الشَّرعِيَّةِ نَظَرًا فَيَتَقَيَّدُ بِمَوضِعِ النَّظَرِ.

وَعِندَهُمَا لا يَملِكُونَهُ لأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالفَاحِشِ مِنهُ تَبَرُّعٌ لا ضَرُورَةَ فِيهِ وَهُم لَيسُوا مِن أَهلِهِ (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى وَصِيٍّ كَتَبَ كِتَابَ الوَصِيَّةِ عَلَى حِدَةٍ وَكِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى حِدَةٍ) لأَنَّ ذَلِكَ أَحوَطُ، وَلَو كَتَبَ جُملَةً عَسَى أَن يَكتُبَ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ فِي آخِرِهِ مِن غَيرِ تَفصِيلٍ فَيَصِيرُ ذَلِكَ حَملا لَهُ عَلَى الكَذِبِ. ثُمَّ قِيلَ: يَكتُبُ اشتَرَى مِن فُلانِ ابنِ فُلانٍ وَلا يَكتُبُ مِن فُلانٍ وَصِيِّ فُلانٍ لِمَا بَيَّنَّا. وَقِيلَ لا بَأسَ بِذَلِكَ لأَنَّ الوِصَايَةَ تُعلَمُ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ) وَاضِحٌ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا إِذَا **اشْتَرَى الوَصِيُّ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ شَيْئًا لِنَفْسِهِ أَوْ بَاعَ مِنْ اليَتِيمِ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ** هَل يَجُوزُ أَوْ لا. إِنْ كَانَ فِيهِ مَنْفَعَةٌ ظَاهِرَةٌ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ، وَتَفْسِيرُ المَنْفَعَةِ الظَّاهِرَةِ أَنْ يَبِيعَ مَا يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ بِعَشَرَةٍ مِنْ الصَّغِيرِ وَيَشْتَرِيَ مَا يُسَاوِي عَشَرَةً بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَصَاعِدًا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعَلَى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لا يَجُوزُ عَلَى

كُلِّ حَالٍ.

(وَقَوْلُهُ وَالصَّبِيُّ المَأْذُونُ لهُ وَالعَبْدُ المَأْذُونُ لهُ، وَالمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بالغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُمْ يَتَصرَّفُونَ بحُكْمِ المَالكيَّةِ) أيْ: يَتَصرَّفُونَ بأَهْلِيَّتِهِمْ لا بأَمْرِ المَوْلى؛ لأَنَّ الإِذْنَ فَكُّ الحَجْرِ فَلمْ يَكُنْ تَصرُّفُهُمْ فيه نِيَابَةً عَنْ أَحَدٍ، بخِلافِ الوَصِيِّ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ عَمَلا بِقَوْلِه تَعَالى ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

قَال (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشِّرَاءِ عَلى وَصِيٍّ) هَذَا تَعْلِيمٌ لكِتَابِ الحُقُوقِ، وَالشُّهُودِ لنَفْيِ تُهْمَةِ شَهَادَةِ الزُّورِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ لأَنَّ ذَلكَ أَحْوَطُ.

قَال (وَبَيعُ الوَصِيِّ عَلى الكَبِيرِ الغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيءٍ إلاَّ فِي العَقَارِ) لأَنَّ الأَبَ يَلِي مَا سِوَاهُ وَلا يَلِيه، فَكَذَا وَصِيُّهُ فِيهِ. وَكَانَ القِيَاسُ أَن لا يَملكَ الوَصِيُّ غيرَ العَقَارِ أَيضًا لأَنَّهُ لا يَملكُهُ الأَبُ عَلى الكَبِيرِ، إلاَّ أَنَّا استَحسَنَاهُ لمَا أَنَّهُ حُفِظَ لتَسَارُعِ الفَسَادِ إليهِ، وَحِفظُ الثَّمَنِ أَيسَرُ وَهُوَ يَملكُ الحِفظَ، أَمَّا العَقَارُ فَمُحصَنٌ بِنَفسِهِ.

قَال (وَلا يَتجرُ فِي المَالِ) لأَنَّ المُفَوَّضَ إليهِ الحِفظُ دُونَ التِّجَارَةِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَصِيُّ الأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ الغَائِبِ بِمَنزلَةِ وَصِيِّ الأَبِ فِي الكَبِيرِ الغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الأُمِّ وَوَصِيُّ العَمِّ. وَهَذَا الجَوَابُ فِي تَركَةِ هَؤُلاءِ لأَنَّ وَصِيَّهُم قَائِمٌ مُقَامَهُم وَهُم يَملكُونَ مَا يَكُونُ مِن بَابِ الحِفظِ فَكَذَا وَصِيُّهُم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَبَيْعُ الوَصِيِّ عَلى الكَبِيرِ الغَائِبِ**) قَيَّدَ بالكَبِيرِ؛ لأَنَّ الوَرَثَةَ إذَا كَانُوا صِغَارًا جَازَ للوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ مِنْ تَرِكَةِ المَيِّتِ العُرُوضَ وَالعَقَارَ عَلى جَوَابِ السَّلفِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ سَوَاءٌ كَانُوا حَاضِرِينَ أَوْ غُيَّبًا وَقَال المُتَأَخِّرُونَ: إنَّمَا يَجُوزُ للوَصِيِّ بَيْعُ عَقَارِ الصَّغِيرِ إذَا كَانَ عَلى المَيِّتِ دَيْنٌ لا وَفَاءَ لهُ إلاَّ مِنْ ثَمَنِ العَقَارِ، أَوْ يَكُونُ للصَّغِيرِ حَاجَةٌ لثَمَنِ العَقَارِ، أَوْ يَرْغَبُ المُشْتَرِي فِي شِرَائِه بضِعْفِ القِيمَةِ.

وَقَيَّدَ بالغَيْبَةِ؛ لأَنَّهُمْ إذَا كَانُوا حَضَرُوا لَيْسَ للوَصِيِّ التَّصرُّفُ فِي التَّرِكَةِ أَصْلا، لكِنْ يَتَقَاضَى دُيُونَ المَيِّتِ وَيَقْبِضُ حُقُوقَهُ وَيَدْفَعُ إلى الوَرَثَةِ، إلاَّ إذَا **كَانَ عَلى المَيِّتِ دَيْنٌ** أَوْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ، وَلَمْ يَقْبِضْ الوَرَثَةُ الدُّيُونَ وَلَمْ يُنَفِّذُوا الوَصِيَّةَ مِنْ مَالهِمْ فَإِنَّهُ يَبِيعُ

التَّركَةَ كُلَّهَا إنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحيطًا أَوْ بمقْدَار الدَّيْن إنْ لَمْ يُحطْ، وَلَهُ بَيْعُ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ أَيْضًا عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ خلافًا لَهُمَا وَتُنفَّذُ الوَصيَّةُ بمقْدَار الثُّلُث، وَلَوْ بَاعَ لتَنْفيذهَا شَيْئًا منْ التَّركَة جَازَ بمقْدَارهَا بالإجْمَاع وَفي الزِّيَادَة الخلافُ المَذْكُورُ في الدَّيْن.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الأَبَ يَلي مَا سوَاهُ) دَليلُ المَسْأَلة وَهُوَ وَاضحٌ وَلكنَّ هَذَا المَذْكُورَ حُكْمُ المَسْأَلة إذَا لَمْ يَكُنْ عَلى التَّركَة دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فَإنْ كَانَ وَهُوَ مُسْتَغْرِقٌ فَلَهُ أَنْ يَبيعَ الجَميعَ؛ لأَنَّهُ لا يُمْكنُهُ قَضَاءُ الدُّيُون إلاَّ بالبَيْع فَكَانَ مَأْمُورًا بالبَيْع منْ جهَة المُوصي، وَإنْ كَانَ غَيْرَ مُسْتَغْرِق يَبيعُ بقَدْر الدَّيْنِ منْ المَنْقُول وَالعَقَار وَالزِّيَادَة عَلَيْه منْ المَنْقُول بالاتِّفَاق، وَمنْ العَقَار أَيْضًا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ خلافًا لَهُمَا، قَالا في مَنْع بَيْع الزِّيَادَة: إنَّ جَوَازَهُ للحَاجَة وَلا حَاجَةَ إلى بَيْع الزَّائد فَلا يَجُوزُ.

وَاسْتَحْسَنَ أَبُو حَنيفَةَ فَقَال: الولايَةُ هَاهُنَا بسَبَب الوصَايَة وَهيَ لا تَتَجزَّأُ، فَمَتَى تَثْبُتُ لَهُ الولايَةُ في بَيْع البَعْض تَثْبُتُ في البَاقي؛ وَلأَنَّ في بَيْع البَعْض إضْرَارًا لتَعَيُّب البَاقي فَكَانَ في بَيْع الكُلِّ تَوْفيرُ المَنْفَعَة عَلَيْهمْ، وَللوَصيِّ ولايَةُ ذَلكَ في نَصيب الكَبير؛ أَلا يُرَى أَنَّهُ يَمْلكُ الحفْظَ وَبَيْعَ المَنْقُولات حَال غَيْبَته لمَا فيه منْ المَنْفَعَة.

فَإنْ قُلت: قَدْ عُلمَ حُكْمُ المَسْأَلة إذَا كَانَتْ الوَرَثَةُ كبَارًا بعبَارَة الكتَاب وَإذَا كَانُوا صغَارًا بمَفْهُومه، فَمَا حُكْمُهَا إذَا كَانُوا صغَارًا وَكبَارًا.

قُلت: حُكْمُهَا أَنَّ الكبَارَ إذَا كَانُوا غُيَّبًا وَخَلَتْ التَّركَةُ عَنْ دَيْن، وَوَصيَّة فَللوَصيِّ بَيْعُ المَنْقُول بالإجْمَاع وَبَيْعُ حصَّة الصِّغَار منْ العَقَار، وَأَمَّا بَيْعُ حصَّة الكبَار منْهُ فَعَلى الخلاف الَّذي مَرَّ، وَإنْ اُشْتُغلَتْ بدَيْنٍ مُسْتَغْرِق يَبيعُ المَنْقُول وَالعَقَارَ جَميعًا، وَبغَيْر مُسْتَغْرِق يَبيعُ بقَدْر الدَّيْن منْ المَنْقُول وَالعَقَار جَميعًا، وَفي الزِّيَادَة الخلافُ وَإنْ كَانُوا حُضُورًا وَكَانَتْ التَّركَةُ خَاليَةً عَنْ الدَّيْن يَبيعُ حصَّةَ الصِّغَار منْ العَقَار بالإجْمَاع، وَفي بَيْع حصَّة الكبَار الخلافُ، وَإنْ كَانَتْ مَشْغُولَةً بدَيْنٍ مُسْتَغْرِق يَبيعُ الكُلَّ وَبغَيْر مُسْتَغْرِق بقَدْره وَالزِّيَادَةُ عَلى الخلاف.

وَقَوْلُهُ (وَلا يَتَّجرُ في المَال) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا الجَوَابُ في تَركَة هَؤُلاء) يَعْني: الأَخَ وَالأُمَّ وَالعَمَّ، وَإنَّمَا قَيَّدَ بتَركَة هَؤُلاء؛ لأَنَّ وَصيَّ هَؤُلاء فيمَا تَرَكَ الأَبُ لَيْسَ كَوَصيِّ الأَب في الكَبير الغَائب؛ فَإنَّ وَصيَّ الأُمِّ لا يَمْلكُ عَلى الصَّغير بَيْعَ مَا وَرثَهُ

الصَّغيرُ عَنْ أَبيه، العَقَارُ، وَالْمَنْقُولُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ؛ لأَنَّهُ قَائمٌ مَقَامَ الأُمِّ وَالأُمُّ حَال حَيَاتها لا تَمْلكُ بَيْعَ مَا وَرِثَهُ الصَّغيرُ المَنْقُولُ وَالعَقَارُ المَشْغُولُ بالدَّيْنِ وَالخَالي عَنْهُ فَكَذَلكَ وَصيُّهَا، وَأَمَّا مَا وَرِثَهُ الصَّغيرُ منْ الأُمِّ فَلوَصيِّهَا فيه بَيْعُ المَنْقُول دُونَ العَقَار؛ لأَنَّ لهُ ولايَةَ الحفْظ، وَبَيْعُ المَنْقُول منْ الحفْظ دُونَ العَقَار إذَا لَمْ يَكُنْ عَلى التَّركَة دَيْنٌ أَوْ وَصيَّةٌ، أَمَّا إذَا كَانَ دَيْنٌ فَإِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا فَلهُ بَيْعُ الكُلِّ وَدَخَل بَيْعُ العَقَار تَحْتَ ولايَته؛ لأَنَّ بَيْعَ العَقَارِ طَرِيقُ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَقَضَاءُ الدَّيْنِ دَخَل تَحْتَ ولايَته، وَإنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا يَبِيعُ بقَدْرِ الدَّيْنِ، وَأَمَّا بَيْعُ الزِّيَادَة عَلى قَدْرِ الدَّيْنِ فَعَلى الاخْتلاف المَارِّ، وَهَذَا الجَوَابُ بعَيْنه هُوَ الجَوَابُ عَنْ وَصيِّ الأَخِ وَالعَمِّ؛ لأَنَّهُ كَمَا لا وِلايَةَ للأُمِّ عَلى الصَّغيرِ فِي المَال فَكَذَا لا وِلايَةَ للأَخِ وَالعَمِّ عَليْه.

قَال (وَالوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَال الصَّغِيرِ مِن الجدِّ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: الجدُّ أَحَقُّ لأَنَّ الشَّرعَ أَقَامَهُ مُقَامَ الأَبِ حَال عَدَمِهِ حَتَّى أَحرزَ المِيرَاثَ فَيُقَدَّمُ عَلى وَصِيِّه. وَلنَا أَنَّ بالإِيصَاءِ تَنتَقِلُ وِلايَةُ الأَبِ إِليهِ فَكَانَت وِلايَتُهُ قَائِمَةً مَعنًى فَيُقَدَّمُ عَليهِ كَالأَبِ نَفسِهِ، وَهَذَا لأَنَّ اختِيَارَهُ الوَصِيَّ مَعَ عِلمِهِ بِقِيَامِ الجدِّ يَدُلُّ عَلى أَنَّ تَصَرُّفَهُ أَنظَرُ لبَنِيهِ مِن تَصَرُّفِ أَبِيهِ (فَإِن لم يُوصِ الأَبُ فَالجَدُّ بِمَنزِلَةِ الأَبِ) لأَنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إِليهِ وَأَشفَقُهُم عَلَيهِ حَتَّى يَملكَ الإِنكَاحَ دُونَ وَصِيٍّ، غَيرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَليهِ وَصِيُّ الأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالوَصيُّ أَحَقُّ بمَال الصَّغيرِ منْ الجَدِّ إلخْ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله وَلنَا أَنَّ بالإيصَاءِ تَنْتَقلُ ولايَةُ الأَب إلَيْه إلخْ.

فَصلٌ فِي الشَّهَادَةِ

قَال (وَإِذَا شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوصَى إِلى فُلانٍ مَعَهُمَا فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) لأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهَا لإِثبَاتِهِمَا مُعَيِّنًا لأَنفُسِهِمَا. قَال (إلاَّ أَن يَدَّعِيَهَا المَشهُودُ لهُ) وَهَذَا استِحسَانٌ، وَهُوَ فِي القِيَاسِ كَالأَوَّل لمَا بَيَّنَّا مِن التُّهمَةِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ للقَاضِي وِلايَةَ نَصبِ الوَصِيِّ ابتِدَاءً أَو ضَمَّ آخَرَ إِليهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتِهِمَا فَيَسقُطُ بِشَهَادَتِهِمَا مُؤنَةُ التَّعيِينِ عَنهُ، أَمَّا الوِصَايَةُ تَثبُتُ بِنَصبِ القَاضِي.

قَال (وَكَذَلكَ الابنَانِ) مَعنَاهُ إِذَا شَهِدَا أَنَّ المَيِّتَ أَوصَى إِلى رَجُلٍ وَهُوَ يُنكِرُ لأَنَّهُمَا

يَجُرَّانِ إلى أَنفُسِهِمَا نَفعًا بِنَصبِ حَافِظٍ للتَّركَةِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي الشَّهَادَةِ): قَال فِي النِّهَايَةِ: لَمَّا لَمْ تَكُنْ الشَّهَادَةُ فِي الوَصِيَّةِ أَمْرًا مُخْتَصًّا بالوَصيَّة أَخَّرَ ذِكْرَهَا لعَدَمِ عَرَاقَتها فيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ الوَصِيَّان) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَجْهُ الاسْتحْسَان إلخْ) اُعْتُرِضَ عَلَيْه بأَنَّهُ إذَا كَانَ للمَيِّت وَصِيَّان فَالقَاضِي لا يَحْتَاجُ إلى أَنْ يُنَصِّبَ عَنْ المَيِّت وَصيًّا آخرَ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لهُ ذَلكَ منْ غَيْرِ شَهَادَة فَكَذَلكَ عنْدَ أَدَاء الشَّهَادَة إذَا تَمكَّنَتْ فيه الشُّبْهَةُ.

وَأُجيبَ بأَنَّ القَاضيَ وَإنْ كَانَ لا يَحْتَاجُ إلى نَصْب الوَصيِّ لكنَّ المُوصَى إلَيْهمَا مَتَى شَهدَا بذَلكَ كَانَ منْ زَعْمهمَا أَنَّهُ لا تَدْبيرَ لَنَا في هَذَا المَال إلاَّ بالثَّالث، فَأَشْبَهَ منْ هَذَا الوَجْه مَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ وَصيٌّ وَهُنَاكَ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، فَكَذَلكَ هَاهُنَا، وَمَعْنَى قَبُول الشَّهَادَة إسْقَاطُ مُؤْنَة التَّعْيين، وَالوصَايَةُ تَثْبُتُ بنَصْب القَاضي. وَقَوْلُهُ (وَكَذَلكَ الابْنَان) مَعْطُوفٌ عَلى المُسْتَثْنَى منْهُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَالشَّهَادَةُ بَاطلَةٌ.

(وَلو شَهِدَا) يَعنِي الوَصِيَّينِ (لوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيءٍ مِن مَال المَيِّتِ أَو غَيرِهِ فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ) لأَنَّهُمَا يُظهِرَانِ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ لأَنفُسِهِمَا فِي المَشهُودِ بِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا لوْ شَهِدَا يَعْنِي الوَصِيَّينَ إلخْ) وَاضِحٌ.

قَال (وَإِن شَهِدَا لوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَال المَيِّتِ لم يَجُز، وَإِن كَانَ فِي غَيرِ مَال المَيِّتِ جَازَ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: إن شَهِدَا لوَارِثٍ كَبِيرٍ تَجُوزُ فِي الوَجهَينِ، لأَنَّهُ لا يَثبُتَ لهُمَا وِلايَةُ التَّصَرُّفِ فِي التَّركَةِ إذَا كَانَت الوَرَثَةُ كِبَارًا فَعَرِيَت عَن التُّهمَةِ. وَلهُ أَنَّهُ يَثبُتُ لهُمَا وِلايَةُ الحِفظِ وَوِلايَةُ بَيعِ المَنقُول عِندَ غَيبَةِ الوَارِثِ فَتَحَقَّقَت التُّهمَةُ بِخِلافِ شَهَادَتِهَا فِي غَيرِ التَّركَةِ لانقِطَاعِ وِلايَةِ وَصِيِّ الأَبِ عَنهُ، لأَنَّ المَيِّتَ أَقَامَهُ مُقَامَ نَفسِهِ فِي تَركَتِهِ لا فِي غَيرِهَا.

قَال (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلانِ لرَجُلَينِ عَلَى مَيِّتٍ بِدَينِ أَلف دِرهَمٍ وَشَهِدَ الآخَرَانِ للأَوَّلينِ بِمِثلِ ذَلكَ جَازَت شَهَادَتُهُمَا، فَإِن كَانَت شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ للآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلفِ دِرهَمٍ لم تَجُز) وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا تُقبَلُ فِي الدَّينِ أَيضًا. وَأَبُو

حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَ الخَصَّافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ مِثلُ قول مُحَمَّدٍ.

وَجهُ القَبُول أَنَّ الدَّينَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لحُقُوقٍ شَتَّى فَلا شَرِكَةَ، وَلِهَذَا لو تَبَرَّعَ أَجنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَينِ أَحَدِهِمَا ليسَ للآخَرِ حقُّ المُشَارَكَةِ. وَجهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّينَ بِالمَوتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ إذ الذِّمَّةُ خَرِبَت بِالمَوتِ، وَلِهَذَا لو استَوفَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِن التَّرِكَةِ يُشَارِكُهُ الآخَرُ فِيهِ فَكَانَت الشَّهَادَةُ مُثبِتَةً حَقَّ الشَّرِكَةِ فَتَحَقَّقَت التُّهمَةُ، بِخِلافِ حَال حَيَاةِ المَديُونِ لأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لبَقَائِهَا لا فِي المَال فَلا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلانِ لرَجُلَيْنِ) جِنسُ هَذِهِ المَسَائِل أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ:

الأَوَّلُ: مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُوَ الشَّهَادَةُ بِالدَّيْنِ.

وَالثَّانِي: مَا اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ جَوَازِهِ وَهُوَ **الشَّهَادَةُ بِالوَصِيَّةِ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ التَّرِكَةِ** كَالشَّهَادَةِ بِأَلفٍ مُرْسَلَةٍ أَوْ بِثُلُثِ المَالِ.

وَالثَّالِثُ: مَا اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِهِ وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَا لرَجُلَيْنِ بِجَارِيَةٍ وَيَشْهَدَ المَشْهُودُ لَهُمَا للشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةِ عَبْدٍ.

وَالرَّابِعُ: وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ آخِرًا هُوَ أَنْ يَشْهَدَا لرَجُلَيْنِ بِعَيْنٍ وَيَشْهَدَ المَشْهُودُ لَهُمَا للشَّاهِدَيْنِ بِأَلفٍ مُرْسَلَةٍ أَوْ بِثُلُثِ المَالِ.

وَمَبْنَى ذَلِكَ كُلِّهِ عَلَى تُهْمَةِ الشَّرِكَةِ، فَمَا تَثْبُتُ فِيهِ التُّهْمَةُ لا تُقْبَلُ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَهُوَ الثَّانِي وَالرَّابِعُ، وَمَا لَمْ تَثْبُتْ فِيهِ التُّهْمَةُ قُبِلَتْ كَالثَّالِثِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

وَأَمَّا الوَجْهُ الأَوَّلُ فَقَدْ وَقَعَ الاخْتِلافُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا، فَوَجْهُ القَبُول وَهُوَ الَّذِي ثَبَتَ عَلَيْهِ الإِمَامُ مُحَمَّدٌ وَلَمْ يَطَّرِدْ أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ لحُقُوقٍ شَتَّى فَلا شَرِكَةَ؛ وَلِهَذَا لوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنِ أَحَدِهِمَا لَيْسَ للآخَرِ حَقُّ المُشَارَكَةِ.

وَوَجْهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ لخَرَابِ الذِّمَّةِ بِهِ؛ وَلِهَذَا لوْ اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنْ التَّرِكَةِ شَارَكَهُ الآخَرُ فِيهِ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُثْبِتَةً حَقَّ الشَّرِكَةِ فَتَحَقَّقَتْ التُّهْمَةُ، بِخِلافِ حَالِ حَيَاةِ المَدْيُونِ؛ لأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لبَقَائِهَا لا فِي المَالِ فَلا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ.

قَال (وَلو شَهِدَا أَنَّهُ أَوصَى لِهَذَينِ الرَّجُلَينِ بِجَارِيَتِهِ وَشَهِدَ المَشهُودُ لهُمَا أَنَّ المَيِّتَ أَوصَى للشَّاهِدَينِ بِعَبدِهِ جَازَت الشَّهَادَةُ بِالاتِّفَاقِ) لأَنَّهُ لا شَرِكَةَ فَلا تُهمَةَ.

(وَلو شَهِدَا أَنَّهُ أَوصَى لِهَذَينِ الرَّجُلَينِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَشَهِدَ المَشهُودُ لهُمَا أَنَّهُ أَوصَى للشَّاهِدَينِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الأَوَّلانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوصَى لِهَذَينِ الرَّجُلَينِ بِعَبدٍ وَشَهِدَ المَشهُودُ لهُمَا أَنَّهُ أَوصَى للأَوَّلَينِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُثبِتَةٌ للشَّرِكَةِ.

كِتَابُ الخُنثَى

فَصلٌ فِي بَيَانِهِ

قَال (وَإِذَا كَانَ للمَولُودِ فَرجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنثَى، فَإِن كَانَ يَبُولُ مِن الذَّكَرِ فَهُوَ غُلامٌ، وَإِن كَانَ يَبُولُ مِن الفَرجِ فَهُوَ أُنثَى) «لأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ سُئِل عَنهُ كَيفَ يُورَثُ؟ فَقَال مِن حَيثُ يَبُولُ»[١] وَعَن عَلِيٍّ ﷺ مِثلُهُ. وَلأَنَّ البَول مِن أَيِّ عُضوٍ كَانَ فَهُوَ دَلالَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ العُضوُ الأَصلِيُّ الصَّحِيحُ وَالآخَرُ بِمَنزِلَةِ العَيبِ (وَإِن بَال مِنهُمَا فَالحُكمِ للأَسبَقِ) لأَنَّ ذَلكَ دَلالَةٌ أُخرَى عَلَى أَنَّهُ هُوَ العُضوُ الأَصلِيُّ.

(وَإِن كَانَا فِي السَّبقِ عَلَى السَّوَاءِ فَلا مُعتَبَرَ بِالكَثرَةِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: يُنسَبُ إلى أَكثَرِهِمَا بَولا) لأَنَّهُ عَلامَةُ قُوَّةِ ذَلكَ العُضوِ وَكَونُهُ عُضوًا أَصلِيًّا، وَلأَنَّ للأَكثَرِ حُكمَ الكُلِّ فِي أُصُول الشَّرعِ فَيَتَرَجَّحُ بِالكَثرَةِ. وَلهُ أَنَّ كَثرَةَ الخُرُوجِ لَيسَ يَدُلُّ عَلى القُوَّةِ، لأَنَّهُ قَد يَكُونُ لاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا وَضِيقٍ فِي الآخَرِ، وَإِن كَانَ يَخرُجُ مِنهُمَا عَلى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشكِلٌ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ لا مُرَجِّحَ.

قَال (وَإِذَا بَلغَ الخُنثَى وَخَرَجَت لهُ اللِّحيَةُ أَو وَصَل إلى النِّسَاءِ فَهُوَ رَجُلٌ) وَكَذَا إذَا احتَلَمَ كَمَا يَحتَلِمُ الرَّجُلُ أَو كَانَ لهُ ثَديٌ مُستَوٍ، لأَنَّ هَذِهِ مِن عَلامَاتِ الذُّكرَانِ (وَلو ظَهَرَ لهُ ثَديٌ كَثَديِ المَرأَةِ أَو نَزَل لهُ لبَنٌ فِي ثَديِهِ أَو حَاضَ أَو حَبِل أَو أَمكَنَ الوُصُولُ إليهِ مِن الفَرجِ فَهُوَ امرَأَةٌ) لأَنَّ هَذِهِ مِن عَلامَاتِ النِّسَاءِ (وَإِن لم يَظهَر إحدَى هَذِهِ العَلامَاتِ فَهُوَ خُنثَى مُشكِلٌ) وَكَذَا إذَا تَعَارَضَت هَذِهِ المَعَالِمُ.

الشرح:

(كِتَابُ الخُنثَى): فَصلٌ فِي بَيَانه: لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَان أَحْكَامِ مَنْ غَلبَ وُجُودُهُ ذَكَرَ أَحْكَامَ مَنْ هُوَ نَادرُ الوُجُود. وَذَكَرَ فِي المُغْرِب أَنَّ تَرْكِيبَ الخَنْث يَدُلُّ عَلى لين وَتَكَسُّرٍ وَمِنْهُ المُخَنَّثُ وَتَخَنَّثَ فِي كَلامه. فَإِنْ قِيل: الفَصْلُ إِنَّمَا يُذْكَرُ لقَطْعِ شَيْءٍ مِنْ شَيْءٍ آخَرَ باعْتبَارِ نَوْعِ مُغَايَرَة بَيْنَهُمَا وَهَهُنَا لَمْ يَتَقَدَّمْ شَيْءٌ فَمَا وَجْهُ ذكْرِ الفَصْل؟ قُلت: كَلامُهُ فِي قُوَّة أَنْ يُقَال هَذَا الكِتَابُ فِيه فَصْلان: فَصْلٌ: فِي بَيَانِ الخُنْثَى، وَفَصْلٌ: فِي

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس، ومن طريق ابن عدي أخرجه البيهقي في المعرفة (في الفرائض) وفي السنن الكبرى (١٢٥١٨). وانظر نصب الراية (٥/٢٦٢).

أَحْكَامه، وَمَا ذَكَرْت فَإِنَّمَا هُوَ فِي وُقُوعه فِي التَّفْصِيل لا فِي الإجْمَال.

(قَال وَإِذَا كَانَ إلخ) أيْ قَال القُدُورِيُّ: **إذَا كَانَ للمَوْلُود فَرْجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنْثَى**، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الوَاوَ الوَاقِعَةَ فِي أَوَّل الكَلامِ للاسْتِئْنَاف وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ دَلالةٌ عَلى أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْليُّ الصَّحِيحُ) وَجْهُ الدَّلالة أَنَّ اللَّهَ تَعَالى خَلقَ فِي الحَيَوَان كُلَّ عُضْوٍ لمَنْفَعَةٍ، وَمَنْفَعَةُ هَاتَيْنِ الآلتَيْنِ عِنْدَ الانْفصَال مِنْ الأُمِّ ليْسَتْ إلاَّ خُرُوجُ البَوْل مِنْهُمَا، وَمَا سِوَى ذَلكَ مِنْ المَنَافِعِ يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلكَ، فَعَرَفْنَا أَنَّ المَنْفَعَةَ الأَصْليَّةَ للآلة كَوْنُهَا مَبَالا.

فَإِذَا بَال مِنْ أَحَدهِمَا عُرِفَ أَنَّ الآلةَ الَّتِي هِيَ للفَصْل فِي حَقِّه هَذه وَالآخَرُ زِيَادَةُ خَرْقٍ فِي البَدَن فَكَانَ بِمَنْزِلة العَيْبِ وَالبَاقِي ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ إنْ ظَهَرَتْ عَلامَةُ الرِّجَال فَهُوَ رَجُلٌ، وَإِنْ ظَهَرَتْ عَلامَةُ النِّسَاءِ فَهُوَ امْرَأَةٌ، وَإِنْ لمْ يَظْهَرْ شَيْءٌ أَوْ تَعَارَضَتْ العَلامَاتُ فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ، وَهَذَا يَرْفَعُ مَا يُقَالُ: لا إشْكَال بَعْدَ البُلُوغِ إلاَّ إذَا أُرِيدَ بِهِ الغَالبُ.

فَصلٌ فِي أَحكَامِهِ

قَال ﷺ: الأَصلُ فِي الخُنثَى المُشكِل أَن يُؤخَذَ فِيهِ بِالأَحوَطِ وَالأَوثَقِ فِي أُمُورِ الدِّينِ، وَأَن لا يَحكُمَ بِثُبُوتِ حُكمٍ وَقَعَ الشَّكُّ فِي ثُبُوتِهِ. قَال (وَإِذَا وَقَفَ خَلفَ الإِمَامِ قَامَ بَينَ صَفِّ الرِّجَال وَالنِّسَاءِ) لاحتِمَال أَنَّهُ امرَأَةٌ فَلا يَتَخَلَّلُ الرِّجَال كَي لا يُفسِدَ صَلاتَهُم وَلا النِّسَاءَ لاحتِمَال أَنَّهُ رَجُلٌ فَتَفسُدُ صَلاتُهُ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِي أَحكَامه**): لمَّا كَانَ الغَرَضُ مِنْ ذكْرِ الخُنْثَى مَعْرِفَةَ **أَحكَامِ الخُنثَى المُشْكِل**؛ لأَنَّ غَيْرَ المُشْكل إمَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلا أَوْ امْرَأَةً وَحُكْمُ كُلٍّ وَاحد منْهُمَا مَعْلُومٌ، ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْل أَحْكَامَهُ فَقَال (الأَصْلُ فِي الخُنْثَى المُشْكل) وَلمْ يَقُل المُشْكلة؛ لأَنَّهُ لمَّا لمْ يُعْلمْ تَذْكِيرُهُ وَتَأْنِيثُهُ وَالأَصْلُ هُوَ الذَّكَرُ؛ لأَنَّ حَوَّاءَ خُلقَتْ مِنْ ضِلعِ آدَمَ اعْتَبَرَهُ.

(فَإِن قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إليَّ أَن يُعِيدَ صَلاتَهُ) لاحتِمَال أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِن قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَال فَصَلاتُهُ تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَن يَمِينِهِ وَعَن يَسَارِهِ وَالَّذِي خَلفَهُ بِحِذَائِهِ صَلاتَهُم احتِيَاطًا) لاحتِمَال أَنَّهُ امرَأَةٌ.

الشرح:

فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلاتَهُ (لاحْتِمَال أَنَّهُ رَجُلٌ) قِيلَ: وَإِنَّمَا قَال باسْتِحْبَابِ إِعَادَةِ الصَّلاةِ وَلَمْ يَقُل بِالوُجُوبِ وَالأَخْذُ بالاحْتِيَاطِ فِي بَابِ العِبَادَاتِ أَوْلَى؛ لأَنَّ المُسْقِطَ وَهُوَ الأَدَاءُ مَعْلُومٌ، وَالمُفْسِدَ وَهُوَ مُحَاذَاةُ الرَّجُل المَرْأَةَ فِي صَلاةٍ مُشْتَرَكَةٍ مَوْهُومٌ، فَلِلوَهْمِ أُحِبُّ لهُ أَنْ يُعِيدَ الصَّلاةَ. فَإِنْ قِيل: الخُنْثَى إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا فَلا إِعَادَةَ عَلَيْه وَإِنْ أَفْسَدَهَا؛ فَإِنْ كَانَ بَالِغًا فَالإِعَادَةُ وَاجِبَةٌ؛ لأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا وَجَبَ الإِعَادَةُ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى لا يَلزَمُهُ فَتَجِبُ احْتِيَاطًا، فَمَا وَجْهُ قَوْلِه أُحِبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ مُرَادَهُ إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا فَالإِعَادَةُ مُسْتَحَبَّةٌ تَخَلُّقًا وَاعْتِيَادًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَالِغًا فَالإِعَادَةُ وَاجِبَةٌ، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ، فَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ تَكُونُ إِعَادَةُ مَنْ عَلَى يَمِينِه وَيَسَارِهِ وَخَلفَهُ وَبِحِذَائِه إِذَا قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَال وَاجِبَةً، لكِنْ ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ أَنَّ المُرَادَ بِالإِعَادَةِ هُوَ الإِعَادَةُ عَلَى طَرِيقِ الاسْتِحْبَابِ لمَا بَيَّنَّا أَنَّ مُحَاذَاةَ الرَّجُل المَرْأَةَ فِي حَقِّهِمْ مَوْهُومٌ.

قَال (وَأَحَبُّ إِلينَا أَن يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ) لأَنَّهُ يُحتَمَلُ أَنَّهُ امرَأَةٌ (وَيَجلس فِي صَلاتِهِ جُلُوسَ المَرأَةِ) لأَنَّهُ إِن كَانَ رَجُلا فَقَد تَرَكَ سُنَّةً وَهُوَ جَائِزٌ فِي الجُملَةِ، وَإِن كَانَ امرَأَةً فَقَد ارتَكَبَ مَكرُوهًا لأَنَّ السّترَ عَلى النِّسَاءِ وَاجِبٌ مَا أَمكَنَ (وَإِن صَلَّى بِغَيرِ قِنَاعٍ أَمَرته أَن يُعِيدَ) لاحتِمَال أَنَّهُ امرَأَةٌ وَهُوَ عَلى الاستِحبَابِ وَإِن لم يُعِد أَجزَأَهُ (وَتَبتَاعُ لهُ أَمَةٌ تَختِنُهُ إِن كَانَ لهُ مَالٌ) لأَنَّهُ يُبَاحُ لمَملُوكَتِهِ النَّظَرُ إِليهِ رَجُلا كَانَ أَو امرَأَةً.

وَيُكرَهُ أَن يَختِنَهُ رَجُلٌ لأَنَّهُ عَسَاهُ أُنثَى أَو تَختِنُهُ امرَأَةٌ لأَنَّهُ لعَلَّهُ رَجُلٌ فَكَانَ الاحتِيَاطُ فِيمَا قُلنَا (وَإِن لم يَكُن لهُ مَالٌ ابتَاعَ لهُ الإِمَامُ أَمَةً مِن بَيتِ المَال) لأَنَّهُ أُعِدَّ لنَوَائِبِ المُسلمِينَ (فَإِذَا خَتَنَتهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيتِ المَال) لوُقُوعِ الاستِغنَاءِ عَنهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا، وَأَمَّا إِذَا بَلغَ بِالسِّنِّ فَذَاكَ وَاجِبٌ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلَى الاسْتِحْبَاب) يَعْنِي إِذَا كَانَ غَيْرَ بَالِغٍ، وَأَمَّا إِذَا بَلغَ بِالسِّنِّ وَلَمْ يَظْهَرْ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ عَلامَاتِ الرِّجَال أَوْ النِّسَاءِ فَالإِعَادَةُ وَاجِبَةٌ.

وَقَوْلُهُ (؛ لأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلا كَانَ أَوْ امْرَأَةً) قِيل فِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فِي حَقِّ الرَّجُلِ لَكِنَّهُ فَاسِدٌ فِي حَقِّ المَرْأَةِ؛ لأَنَّ الأَمَةَ لا يُبَاحُ لَهَا النَّظَرُ إِلى مَوَاضِعِ العَوْرَةِ مِنْ سَيِّدَتِهَا، بَل لَهَا أَنْ تَنْظُرَ مِنْ مَوْلاتِهَا إِلى مَا لَهَا أَنْ تَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ الأَجْنَبِيَّاتِ. وَالصَّوَابُ فِي التَّعْلِيل وَإِنْ كَانَ أُنْثَى فَإِنَّهُ نَظَرُ الجِنْسِ إِلى الجِنْسِ وَهُوَ أَحَقُّ مِنْهُ إِلى خِلافِ الجِنْسِ؛ فَلَيْسَ لِلمِلكِ تَأْثِيرٌ فِي إِبَاحَةِ نَظَرِ المَمْلُوكَةِ إِلى سَيِّدَتِهَا.

فَإِنْ قِيل: فَلَوْ زَوَّجَهُ المَوْلى امْرَأَةً بِمَهْرٍ يَسِيرٍ أَغْنَتْهُ عَنْ شِرَاءِ الجَارِيَةِ بِثَمَنٍ كَثِيرٍ لِحُصُول مَا هُوَ المَقْصُودُ عَلى هَذَا التَّقْدِيرِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَقُل ذَلِكَ لِعَدَمِ التَّيَقُّنِ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَمْرُهُ، وَمَعَ هَذَا لَوْ فَعَل كَانَ صَحِيحًا؛ لأَنَّ الخُنْثَى إِنْ كَانَ امْرَأَةً فَهَذَا نَظَرُ الجِنْسِ إِلى الجِنْسِ وَالنِّكَاحُ لَغْوٌ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَهُوَ نَظَرُ المَنْكُوحَةِ إِلى زَوْجِهَا.

(وَيُكرَهُ لهُ فِي حيَاتِهِ لُبسُ الحُليِّ وَالحَرِيرِ، وَأَن يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَال أَو قُدَّامَ النِّسَاءِ. وَأَن يَخلُوَ بِهِ غَيرُ مَحرَمٍ مِن رَجُلٍ أَو امرأَةٍ، وَأَن يُسَافِرَ مِن غَيرِ مَحرَمٍ مِن الرِّجَال) تَوَقِّيًا عَن احتِمَال المَحرَمِ (وَإِن أَحرَمَ وَقَد رَاهَقَ قَال أَبُو يُوسُفَ: لا عِلمَ لي فِي لبَاسِهِ) لأَنَّهُ إِن كَانَ ذَكرًا يُكرَهُ لهُ لُبسُ المخِيطِ، وَإِن كَانَ أُنثَى يُكرَهُ لهُ تَركُهُ (وَقَال مُحَمَّدٌ: يَلبَسُ لبَاسَ المَرأَةِ) لأَنَّ تَركَ لُبسِ المخِيطِ وَهُوَ امرأَةٌ أَفحَشُ مِن لُبسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ، وَلا شَيءَ عَليهِ لأَنَّهُ لم يَبلُغ.

الشرح:

(وَقَوْلُهُ وَيُكْرَهُ لهُ فِي حَيَاتِهِ **لُبْسُ الحَرِيرِ**) قِيل: لا فَائِدَةَ لِقَوْلِهِ فِي حَيَاتِهِ فَإِنَّهُ لا لُبْسَ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِنَّمَا هُوَ إِلبَاسٌ فَكَانَ مَعْنَاهُ مَفْهُومًا مِنْ قَوْلِهِ لبس، وَهُوَ مُنَاقَشَةٌ سَهْلَةٌ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ كُلُّ مَا يُذْكَرُ فِي التَّرَاكِيبِ يَكُونُ قَيْدًا لِلإِخْرَاجِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهَا بَيَانًا لِلوَاقِعِ، وَإِنَّمَا كُرِهَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ لُبْسَ الحَرِيرِ حَرَامٌ عَلى الرِّجَال دُونَ النِّسَاءِ وَحَالُهُ لَمْ يَتَبَيَّنْ بَعْدُ فَيُؤْخَذُ بِالاحْتِيَاطِ؛ فَإِنَّ الاجْتِنَابَ عَنْ الحَرَامِ فَرْضٌ وَالإِقْدَامُ عَلى المُبَاحِ مُبَاحٌ فَيُكْرَهُ اللُّبْسُ حَذَرًا عَنْ الوُقُوعِ فِي الحَرَامِ.

وَقَوْلُهُ (وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَال أَوْ النِّسَاءِ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مُرَاهِقًا، وَالمُرَادُ بِالانْكِشَافِ هُوَ أَنْ يَكُونَ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لا إِبْدَاءَ مَوْضِعِ العَوْرَةِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ لا يَحِلُّ لِغَيْرِ

الأُنْثَى أَيْضًا). وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ نَظَرَ المَرْأَةِ إِلَى المَرْأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ لا كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ؛ لأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ لَجَازَ لَهُ التَّكَشُّفُ لِلنِّسَاءِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ. وَقَوْلُهُ (وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ) أَيْ يُكْرَهُ أَنْ يَخْلُوَ بِهِ.

(غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ) لِقَوْلِهِ ﷺ «**أَلا لا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ**» وَأَمْرُهُ فِي ذَلِكَ مُحْتَمَلٌ نَظَرًا إِلَى حَالَيْهِ. وَقَوْلُهُ (لا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ) يَعْنِي لاشْتِبَاهِ حَالِهِ وَعَدَمِ المُرَجِّحِ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ.

(وَمَن حَلفَ بِطَلاقٍ أَو عَتَاقٍ إِن كَانَ أَوَّلُ وَلدٍ تَلدِينَهُ غُلامًا فَوَلدَت خُنثَى لم يَقَع حَتَّى يَستَبِينَ أَمرُ الخُنثَى) لأَنَّ الحَنَثَ لا يَثبُتُ بِالشَّكِّ (وَلو قَال كُلُّ عَبدٍ لي حُرٌّ أَو قَال كُلُّ أَمَةٍ لي حُرَّةٌ وَلهُ مَملُوكٌ خُنثَى لم يُعتَق حَتَّى يَستَبِينَ أَمرُهُ) لمَا قُلنَا (وَإِن قَال القَولينِ جَمِيعًا عَتَقَ) للتَّيَقُّنِ بِأَحَدِ الوَصفَينِ لأَنَّهُ ليسَ بِمُهمَلٍ (وَإِن قَال الخُنثَى أَنَا رَجُلٌ أَو أَنَا امرَأَةٌ لم يُقبَل قَولهُ إِذَا كَانَ مُشكِلا) لأَنَّهُ دَعوَى يُخَالفُ قَضِيَّةَ الدَّليل.

(وَإِن لم يَكُن مُشكِلا يَنبَغِي أَن يُقبَل قَولهُ) لأَنَّهُ أَعلمُ بِحَالهِ مِن غَيرِهِ (وَإِن مَاتَ قَبل أَن يَستَبِينَ أَمرُهُ لم يُغَسِّلهُ رَجُلٌ وَلا امرَأَةٌ) لأَنَّ حَلَّ الغُسل غَيرُ ثَابِتٍ بَينَ الرِّجَال وَالنِّسَاءِ (فَيَتَوَقَّى لاحتِمَال الحُرمَةِ وَيُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ) لتَعَذُّرِ الغُسل (وَلا يَحضُرُ إِن كَانَ مُرَاهِقًا غُسل رَجُلٍ وَلا امرَأَةٍ) لاحتِمَال أَنَّهُ ذَكَرٌ أَو أُنثَى (وَإِن سَجَّى قَبرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ) لأَنَّهُ إِن كَانَ أُنثَى يُقِيمُ وَاجِبًا، وَإِن كَانَ ذَكَرًا فَالتَّسجِيَةُ لا تَضُرُّهُ.

(وَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَليهِ وَعَلى رَجُلٍ وَامرَأَةٍ وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلي الإِمَامَ وَالخُنثَى خَلفَهُ وَالمَرأَةُ خَلفَ الخُنثَى فَيُؤَخَّرُ عَن الرَّجُل) لاحتِمَال أَنَّهُ امرَأَةٌ (وَيُقَدَّمُ عَلى المَرأَةِ) لاحتِمَال أَنَّهُ رَجُلٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ؛ لأَنَّ الحِنْثَ لا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَ بِالقَوْلَيْنِ) يَعْنِي: أَنْ يَقُولَ كُلُّ عَبْدٍ لِي وَكُلُّ أَمَةٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ) يَعْنِي أَنَّهُ فِي الوَاقِعِ لَيْسَ بِخَالٍ عَنْ أَحَدِ الحَالَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ دَعْوَى يُخَالِفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ)؛ لأَنَّهُ يَقْتَضِي بَقَاءَ الإِشْكَالِ وَهُوَ لا يُعْلَمُ فِي ذَلِكَ مِنْ نَفْسِهِ خِلافٌ مَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ غَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ (يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ) إِنَّمَا قَالَ بِلَفْظِ يَنْبَغِي؛ لأَنَّ حُكْمَهُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فَلَمْ

يَتَيَقَّنْ بِهِ.

(وَقَوْلُهُ لأَنَّ حِلَّ الغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) أَيْ غُسْلُ الرَّجُلِ المَرْأَةَ، وَعَكْسُهُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الشَّرْعِ؛ فَإِنَّ النَّظَرَ إلى العَوْرَةِ حَرَامٌ وَالحُرْمَةُ لَمْ تَنْكَشِفْ بِالمَوْتِ، إلاَّ إنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إلى الجِنْسِ أَخَفُّ فَلأَجْلِ الضَّرُورَةِ أُبِيحَ نَظَرُ الجِنْسِ عِنْدَ الغُسْلِ، وَالمُرَاهِقُ كَالبَالِغِ فِي وُجُوبِ سَتْرِ عَوْرَتِهِ؛ فَإِنْ كَانَ مُشْكِلا لَمْ يُعْرَفْ لَهُ جِنْسٌ فَتَعَذَّرَ غُسْلُهُ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ تَعَذَّرَ غُسْلُهُ؛ لِعَدَمِ مَا يُغْسَلُ بِهِ فَيُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ.

وَهُوَ نَظِيرُ **امْرَأَةٍ مَاتَتْ بَيْنَ رِجَالٍ أَوْ عَكْسِهِ** فَإِنَّهُ يُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ مَعَ الخِرْقَةِ إِنْ يَمَّمَ الأَجْنَبِيُّ، وَبِغَيْرِهَا إِنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ المَيِّتِ، وَيَنْظُرُ المُيَمِّمُ إلى وَجْهِهِ وَيُعْرِضُ وَجْهَهُ عَنْ ذِرَاعَيْهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً، وَلا يَشْتَرِي جَارِيَةً لِلغُسْلِ كَمَا كَانَ يُفْعَلُ لِلخِتَانِ؛ لأَنَّهُ بَعْدَ المَوْتِ لا يَقْبَلُ المَالِكِيَّةَ فَالشِّرَاءُ غَيْرُ مُفِيدٍ بِخِلافِ الشِّرَاءِ لِلخِتَانِ فَإِنَّهُ فِي حَالِ الحَيَاةِ وَلَهُ أَهْلِيَّةُ المَالِكِيَّةِ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَضْعُ الرَّجُلِ مِمَّا يَلِي الإِمَامَ وَالخُنْثَى خَلْفَهُ) يَعْنِي اعْتِبَارًا بِحَالِ الحَيَاةِ؛ لأَنَّهُ يَقُومُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، فَكَانَ فِي القُرْبِ مِنْ الإِمَامِ بَعْدَ دَرَجَةٍ، فَكَذَلِكَ فِي حَالِ المَمَاتِ، وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ ﷺ «**لِيَلِيَنِّي مِنْكُمْ أُولُو الأَحْلامِ وَالنُّهَى**».

(وَلو دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبرٍ وَاحِدٍ من عُذرٍ جُعِلَ الخُنثَى خَلفَ الرَّجُلِ) لاحتِمَالِ أَنَّهُ امرَأَةٌ (وَيُجعَلُ بَينَهمَا حَاجِزٌ من صَعِيدٍ، وَإِن كَانَ مَعَ امرَأَةٍ قُدِّمَ الخُنثَى) لاحتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِن جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعشُ المَرأَةِ فَهُوَ أَحَبُّ إليَّ) لاحتِمَالِ أَنَّهُ عَورَةٌ، (وَيُكَفَّنُ كَمَا تُكَفَّنُ الجَارِيَةُ وَهُوَ أَحَبُّ إليَّ) يَعنِي يُكَفَّنُ فِي خَمسِ أَثوَابٍ لأَنَّهُ إذَا كَانَ أُنثَى فَقَد أُقِيمَت سُنَّةٌ، وَإِن كَانَ ذَكَرًا فَقَد زَادُوا عَلَى الثَّلاثِ وَلا بَأسَ بِذَلكَ.

الشرح:

(وَلَوْ **دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ** جُعِلَ الخُنْثَى خَلفَ الرَّجُلِ) يَعْنِي يُقَدَّمُ الرَّجُلُ إلى جَانِبِ القِبْلَةِ؛ لأَنَّ جِهَتَهَا أَشْرَفُ، فَالرَّجُلُ لِلتَّقْرِيبِ إِلَيْهِ أَوْلَى، وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ " أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ بِتَقْدِيمِ أَكْثَرِهِمْ أَخْذًا لِلقُرْآنِ جَانِبَ القِبْلَةِ " (وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ) لِيَصِيرَ ذَلِكَ فِي حُكْمِ قَبْرَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعْشُ المَرْأَةِ) النَّعْشُ شِبْهُ المِحَفَّةِ مُشْتَبِكٌ يُطْبَقُ عَلَى المَرْأَةِ إذَا وُضِعَتْ عَلَى الجَنَازَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ

فِي كِتَابِ الصَّلاة.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلاث) فَلا بِذَلِكَ بَأْسَ؛ لأَنَّ عَدَدَ الكَفَنِ مُعْتَبَرٌ بِعَدَدِ الثِّيَابِ فِي حَالِ الحَيَاة، فَالزِّيَادَةُ عَلَى الثَّلاثَة فِي الكَفَنِ لِلرَّجُلِ غَيْرُ ضَائِرَةٍ كَمَا فِي حَالِ الحَيَاة؛ فَإِنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَلْبَسَ حَالَ حَيَاتِه أَزْيَدَ عَلَى الثَّلاثَة، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أُنْثَى كَانَ فِي الاقْتِصَارِ عَلَى الثَّلاثَة تَرْكُ السُّنَّة؛ فَإِنَّ السُّنَّةَ فِي كَفَنِهَا خَمْسَةُ أَثْوَابٍ.

(وَلو مَاتَ أَبُوهُ وَخَلفَ ابنًا فَالمَالُ بَينَهُمَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ أَثلاثًا للابنِ سَهمَانِ، وَللخُنثَى سَهمٌ وَهُوَ أُنثَى عِندَهُ فِي المِيرَاثِ إلاَّ أَن يَتَبَيَّنَ غيرَ ذَلكَ) وَقَالا: للخُنثَى نِصفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصفُ مِيرَاثِ أُنثَى وَهُوَ قَولُ الشَّعبِيِّ.

وَاختَلفَا فِي قِيَاسِ قَولهِ قَال مُحَمَّدٌ: المَالُ بَينَهُمَا عَلى اثنَي عَشَرَ سَهمًا للابنِ سَبعَةٌ وَللخُنثَى خَمسَةٌ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: المَالُ بَينَهُمَا عَلى سَبعَةٍ للابنِ أَربَعَةٌ وَللخُنثَى ثَلاثَةٌ، لأَنَّ الابنَ يَستَحِقُّ كُلَّ المِيرَاثِ عِندَ الانفِرَادِ وَالخُنثَى ثَلاثَةُ الأَربَاعِ، فَعِندَ الاجتِمَاعِ يُقسَمُ بَينَهُمَا عَلى قَدرِ حَقَّيهِمَا هَذَا يَضرِبُ بِثَلاثَةٍ وَذَلكَ يَضرِبُ بِأَربَعَةٍ فَيَكُونُ سَبعَةً.

وَلمُحَمَّدٍ أَنَّ الخُنثَى لو كَانَ ذَكَرًا يَكُونُ المَالُ بَينَهُمَا نِصفَينِ، وَإِن كَانَ أُنثَى يَكُونُ المَالُ بَينَهُمَا أَثلاثًا احتَجنَا إلى حِسَابٍ لهُ نِصفٌ وَثُلُثٌ، وَأَقَلُّ ذَلكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالٍ يَكُونُ المَالُ بَينَهُمَا نِصفَينِ لكُلِّ وَاحِدٍ ثَلاثَةٌ، وَفِي حَالٍ يَكُونُ أَثلاثًا للخُنثَى سَهمَانِ وَللابنِ أَربعَةٌ، فَسَهمَانِ للخُنثَى ثَابِتَانِ بِيَقِينٍ. وَوَقَعَ الشَّكُّ فِي السَّهمِ الزَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لهُ سَهمَانِ وَنِصفٌ فَانكَسَرَ فَيُضعَّفُ ليَزُول الكَسرُ فَصَارَ الحِسَابُ مِن اثنَي عَشَرَ للخُنثَى خَمسَةٌ وَللابنِ سَبعَةٌ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحَاجَةَ هَاهُنَا إلى إثبَاتِ المَال ابتِدَاءً، وَالأَقَلُّ وَهُوَ مِيرَاثُ الأُنثَى مُتَيَقَّنٌ بِهِ، وَفِيمَا زَادَ عَليهِ شَكٌّ، فَأَثبَتنَا المُتَيَقَّنَ قَصرًا عَليهِ لأَنَّ المَال لا يَجِبُ بِالشَّكِّ وَصَارَ كَمَا إذَا كَانَ الشَّكُّ فِي وُجُوبِ المَال بِسَبَبٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يُؤخَذُ فِيهِ بِالمُتَيَقَّنِ، كَذَا هَذَا، إلاَّ أَن يَكُونَ نَصِيبُهُ الأَقَلَّ لو قَدَّرنَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُعطَى نَصِيبَ الابنِ فِي تِلكَ الصُّورَةِ لكَونِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ وَهُوَ أَن تَكُونَ الوَرَثَةُ زَوجًا، وَأُمًّا وَأُختًا لأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنثَى أَو امرَأَةً وَأَخَوَينِ لأُمٍّ وَأُختًا لأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنثَى. فَعِندَنَا فِي الأُولى للزَّوجِ النِّصفُ وَللأُمِّ الثُّلُثُ وَالبَاقِي للخُنثَى،

وَفِي الثَّانِيَةِ للمَرأَةِ الرُّبعُ وَللأَخوَينِ لأمٍّ الثُّلُثُ وَالبَاقِي للخُنثَى لأَنَّهُ أَقلُّ النَّصِيبَينِ فِيهِمَا.

الشرح:

(قَال وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَّفَ ابْنًا) اعْلَمْ أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا الحَسَنِ القُدُورِيَّ ذَكَرَ قَوْل مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي يُوسُفَ، وَكَذَلكَ أَثْبَتَ المُصَنِّفُ فِي الكِتَاب، وَكَذَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرٍ البَغْدَادِيُّ. وَفِي عَامَّة الكُتُبِ ذَكَرَ قَوْل مُحَمَّد مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلكِنْ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ اخْتَلفَا فِي تَخْرِيجِ قَوْل الشَّعْبِيِّ، فَمُحَمَّدٌ فَسَّرَهُ عَلى وَجْه وَلَمْ يَأْخُذْ بِه.

وَأَبُو يُوسُفَ فَسَّرَهُ عَلى وَجْهٍ وَلَمْ يَأْخُذْ بِه، وَهُوَ أَنْ تُجْعَل المَسْأَلةُ عَلى سَبْعَة، ثُمَّ رَجَعَ عَنْ ذَلكَ وَفَسَّرَهُ عَلى وَجْه آخَرَ، وَهُوَ تَفْسِيرُ مُحَمَّد بِأَنْ تُجْعَل عَلى اثْنَيْ عَشَرَ وَأَخَذَ بِه، وَكَانَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا كَقَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد فَنَقُولُ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ إِذَا **مَاتَ أَبُو الخُنْثَى وَتَرَكَ ابْنًا** فَالمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ للابْنِ سَهْمَانِ وَللخُنْثَى سَهْمٌ وَهُوَ أُنْثَى عِنْدَهُ فِي المِيرَاث إلاَّ أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلكَ أَيْ: غَيْرُ كَوْنه أُنْثَى لظُهُورِ إِحْدَى عَلامَات الذُّكُور بِلا مُعَارِضٍ فَحِينَئذ يُعْتَبَرُ ذَكَرًا.

وَقَالا: للخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاث ذَكَرٍ، وَنِصْفُ مِيرَاث أُنْثَى، وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ وَابْنِ أَبِي لَيْلى وَالثَّوْرِيِّ وَهُوَ مَذْهَبُ ابْنِ عَبَّاسٍ. وَاخْتَلفَا فِي قِيَاسِ قَوْل الشَّعْبِيِّ قَال مُحَمَّدٌ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا للابْنِ سَبْعَةٌ وَللخُنْثَى خَمْسَةٌ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلى سَبْعَة للابْنِ أَرْبَعَةٌ وَللخُنْثَى ثَلاثَةٌ؛ لأَنَّ الابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ المِيرَاث عِنْدَ الانْفِرَاد، وَالخُنْثَى يَسْتَحِقُّ ثَلاثَةَ الأَرْبَاعِ؛ لأَنَّ الخُنْثَى فِي حَالٍ ابْنٌ، وَفِي حَال بِنْتٌ، وَللبِنْت فِي المِيرَاث نِصْفُ الابْنِ فَيُجْعَلُ لهُ نِصْفُ كُلِّ حَال فَيَكُونُ لهُ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ نَصِيب ابْنٍ فَيُضْرَبُ مُخْرَجُ الرُّبعِ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ فِي سَهْمٍ، وَثَلاثَةُ أَرْبَاعِ سَهْمٍ يَحْصُلُ سَبْعَةٌ فَللخُنْثَى ثَلاثَةٌ وَللابْنِ أَرْبَعَةٌ.

وَلمُحَمَّد أَنَّ الخُنْثَى لوْ كَانَ ذَكَرًا كَانَ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى أَثْلاثًا فَاحْتَجْنَا إلى حِسَابٍ لهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ صَحِيحٌ وَأَقَلُّ ذَلكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَال المَال بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لكُلِّ وَاحِدٍ ثَلاثَةُ أَسْهُمٍ، وَفِي حَال أَثْلاثًا سَهْمَان للخُنْثَى وَأَرْبَعَةٌ للابْنِ، فَسَهْمَان للخُنْثَى ثَابِتَان بِيَقِينٍ، وَالسَّهْمُ الزَّائِدُ وَقَعَ فِيه الشَّكُّ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لهُ سَهْمَان وَنِصْفُ

سَهْمٍ، وَلَزِمَ الكَسْرُ النِّصْفِيُّ فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الكَسْرُ فَصَارَ الحِسَابُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ وَلِلابْنِ سَبْعَةٌ.

وَفِي تَأْخِيرِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِشَارَةٌ مِنْ المُصَنِّفِ إِلى اخْتِيَارِهِ، وَذَلِكَ؛ لأَنَّ الكُلَّ مُتَّفِقُونَ عَلَى تَقْلِيلِ نَصِيبِهِ، وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ أَقَلُّ مِمَّا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو يُوسُفَ بِسَهْمٍ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ سَهْمًا. وَطَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ تُضْرَبَ السَّبْعَةُ فِي اثْنَيْ عَشَرَ حَيْثُ لا مُوَافَقَةَ بَيْنَهُمَا يَبْلُغُ المَجْمُوعُ أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ، ثُمَّ اضْرِبْ حِصَّةَ مَنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ مِنْ السَّبْعَةِ فِي اثْنَيْ عَشَرَ وَحِصَّةُ الخُنْثَى مِنْهُ ثَلاثَةٌ فَاضْرِبْهُ فِي اثْنَيْ عَشَرَ يَبْلُغُ سِتَّةً وَثَلاثِينَ، وَاضْرِبْ حِصَّةَ مَنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ فِي السَّبْعَةِ، وَلِلْخُنْثَى مِنْهُ خَمْسَةٌ فَاضْرِبْهُ فِي سَبْعَةٍ يَكُونُ خَمْسَةً وَثَلاثِينَ، فَظَهَرَ أَنَّ التَّفَاوُتَ بِسَهْمٍ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ، كَذَا أَفَادَهُ الإِمَامُ حُمَيْدُ الدِّينِ.

(وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحَاجَةَ هَاهُنَا إِلى إِثْبَاتِ المَالِ ابْتِدَاءً)؛ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ بَيَانِ سَبَبِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالذُّكُورَةِ أَوْ الأُنُوثَةِ، وَلا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمَعْلُومٍ، وَإِثْبَاتُ المَالِ ابْتِدَاءً بِدُونِ سَبَبٍ مُحَقَّقٍ غَيْرُ مَشْرُوعٍ فَلا بُدَّ مِنْ البِنَاءِ عَلَى المُتَيَقَّنِ (وَالأَقَلُّ وَهُوَ مِيرَاثُ الأُنْثَى مُتَيَقَّنٌ بِهِ) فَأَوْجَبْنَاهُ كَمَا إِذَا كَانَ إِثْبَاتُهُ بِطَرِيقٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالمُتَيَقَّنِ بِهِ دُونَ المَشْكُوكِ إِلى أَنْ يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى الزَّائِدِ، فَإِنَّ مَنْ قَالَ لِفُلانٍ عَلَيَّ دَرَاهِمُ يُحْكَمُ لَهُ بِالثَّلاثَةِ حَتَّى يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى الزَّائِدِ؛ لِكَوْنِ الأَوَّلِ مُتَيَقَّنًا بِهِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

لا يُقَالُ: سَبَبُ اسْتِحْقَاقِ المِيرَاثِ هُوَ القَرَابَةُ وَهِيَ ثَابِتَةٌ بِيَقِينٍ فِي الخُنْثَى، وَالجَهَالَةُ وَقَعَتْ فِي القِسْمَةِ بَقَاءً فَلا يَمْتَنِعُ الوُجُوبُ؛ لأَنَّا نَقُولُ: لَيْسَ الكَلامُ فِي اسْتِحْقَاقِ أَصْلِ المِيرَاثِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي اسْتِحْقَاقِ المِقْدَارِ، وَسَبَبُهُ الذُّكُورَةُ أَوْ الأُنُوثَةُ، وَلا شَيْءَ مِنْهُمَا بِمُتَيَقَّنٍ بِهِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (إِلاَّ أَنْ يُصِيبَهُ الأَقَلُّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَهُوَ مِيرَاثُ الأُنْثَى مُتَيَقَّنٌ بِهِ: يَعْنِي أَوْجَبْنَا لِلْخُنْثَى مِيرَاثَ الأُنْثَى المُتَيَقَّنِ، وَمَا تَجَاوَزْنَا عَنْهُ إِلى نَصِيبِ الذَّكَرِ؛ لأَنَّ المَالَ ابْتِدَاءً لا يَجِبُ بِالشَّكِّ إِلاَّ أَنْ يُصِيبَ الخُنْثَى أَقَلُّ مِنْ نَصِيبِ الأُنْثَى إِنْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُعْطَى نَصِيبَ الابْنِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا لأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى؛ فَإِنْ قَدَّرْنَا الخُنْثَى أُنْثَى كَانَ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ

الثُّلُثُ وَللخُنْثَى النِّصْفُ وَالمَسْأَلةُ مِنْ سِتَّة وَتَعُولُ إلى ثَمَانِيَة.

وَإِنْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا كَانَ لَهُ البَاقِيَ بَعْدَ نَصيب الزَّوْجِ وَثُلُثُ الأُمِّ وَهُوَ السُّدُسُ وَهُوَ أَقَلُّ فَقَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، وَإِذَا تَرَكَ امْرَأَةً وَأَخوَيْنِ لأُمٍّ وَأُخْتًا لأَب وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى، للمَرْأَة الرُّبُعُ وَلِبَني الأَخْيَاف الثُّلُثُ، فَإِنْ قَدَّرْنَا الخُنْثَى أُنْثَى تَرِثُ النِّصْفَ تَكُونُ المَسْأَلةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ وَتَعُولُ إلى ثَلاثَةَ عَشَرَ لَهَا سِتَّةٌ مِنْ ثَلاثَةَ عَشَرَ، وَإِنْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا كَانَ لَهُ خَمْسَةٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ وَهُوَ أَقَلُّ فَقَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، وَلوْ **مَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا لأَب وَأُمٍّ وَخُنْثَى لأَب** كَانَ للزَّوْجِ النِّصْفُ وَللأُخْتِ لأَب وَأُمٍّ النِّصْفُ وَلا شَيْءَ للخُنْثَى، وَهَذَا مَعْنَى قَوْل العُلمَاءِ في تَفْسير قَوْله أَقَلُّ لنَصيبَيْنِ أَسْوَأُ الحَالَيْنِ وَهُوَ مَذْهَبُ عَامَّة الصَّحَابَة.

فَإِنْ قيل: إذَا كَانَ الخُنْثَى ممَّنْ يُتوَهَّمُ اسْتبَانَةُ أَمْرِهِ في المَآل كَيْفَ يَكُونُ حَالُهُ في الميرَاث مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ في الكتَاب. قُلت: كَأَنَّهُ أَشَارَ إلى ذَلكَ في أَوَّل البَحْث بقَوْله وَهُوَ أُنْثَى عِنْدَهُ في الميرَاث إلاَّ أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلكَ، يُشيرُ إلى أَنَّ الثُّلُثَيْنِ في تلكَ المَسْأَلة تُدْفَعُ إلى الابْنِ وَالثُّلُثُ إلى الخُنْثَى، وَعَلى ذَلكَ أَكْثَرُهُمْ؛ لأَنَّ سَبَبَ اسْتحْقَاق الابْنِ لجَميعِ المَال مَعْلُومٌ وَهُوَ البُنُوَّةُ، وَإِنَّمَا يُنْتَقَصُ منْ ذَلكَ لمُزَاحَمَة حَقِّ الغَيْر، وَحَيْثُ جَعَلنَا الخُنْثَى أُنْثَى مَا زَحَمَهُ إلاَّ في الثُّلُث فَبَقِيَ مَا وَرَاءَ ذَلكَ مُسْتَحَقًّا له، وَهَل يُؤْخَذُ مِنْهُ الكَفيلُ؟.

قَال بَعْضُ مَشَايخنَا: هُوَ عَلى الخلاف المَعْرُوف أَنَّ القَاضيَ إذَا دَفَعَ المَال إلى الوَارث المَعْرُوف لم يَأْخُذْ منْهُ كَفيلا في قَوْل أَبي حَنيفَةَ. وَعنْدَهُمَا يُحْتَاطُ في أَخْذ الكَفيل منْهُ. وَقَال بَعْضُهُمْ: يُحْتَاطُ في أَخْذ الكَفيل منْهُ هَهُنَا عنْدَهُمْ جَميعًا، وَإِنَّمَا لمْ يُجَوِّزْ أَبُو حَنيفَةَ هُنَاكَ للمَجْهُول، وَهُنَا إنَّمَا يَأْخُذُ الكَفيلُ للمَعْلُوم وَهُوَ طَريقٌ مُسْتَقيمٌ يَصُونُ به القَاضي قَضَاءَهُ وَيَنْظُرُ لمَنْ هُوَ عَاجزٌ عَنْ النَّظَرِ لنَفْسه وَهُوَ الخُنْثَى فَيَأْخُذُ منْ الابْنِ كَفيلا لذَلكَ.

فَإِنْ تَبيَّنَ أَنَّ الخُنْثَى ذَكَرٌ اسْتَرَدَّ ذَلكَ منْ أَخيه، وَإِنْ تَبيَّنَ أَنَّهُ أُنْثَى فَالمَقْبُوضُ سَالمٌ للابْنِ، وَمنْهُمْ مَنْ يَقُولُ يَدْفَعُ الثُّلُثَ إلى الخُنْثَى وَالنِّصْفَ إلى الابْنِ وَيُوقَفُ السُّدُسُ إلى أَنْ يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ؛ لأَنَّ المُسْتَحقَّ لهَذَا السُّدُسِ منْهُمَا مَجْهُولٌ فَيُوقَفُ إلى أَنْ يَتَبَيَّنَ المُسْتَحقُّ كَمَا في الحَمْل وَالمَفْقُود وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

مَسَائِلُ شَتَّى

قَال (وَإِذَا قُرِئَ عَلَى الأَخرَسِ كِتَابُ وَصِيَّتِهِ فَقِيل لهُ أَنَشهَدُ عَليك بِمَا فِي هَذَا الكِتَابِ فَأَومأَ بِرَأسِهِ: أَي نَعَم أَو كَتَبَ، فَإِذَا جَاءَ مِن ذَلكَ مَا يُعرَفُ أَنَّهُ إِقرَارٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلا يَجُوزُ ذَلكَ فِي الَّذِي يُعتَقَلُ لسَانُهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِي الوَجهَينِ لأَنَّ المُجَوِّزَ إِنَّمَا هُوَ العَجزُ وَقَد شَمِل الفَصلينِ، وَلا فَرقَ بَينَ الأَصليِّ وَالعَارِضِيِّ كَالوَحشِيِّ وَالمُتَوَحِّشِ مِن الأَهليِّ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ.

وَالفَرقُ لأَصحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّ الإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعتَبَرُ إِذَا صَارَت مَعهُودَةً مَعلُومَةً وَذَلكَ فِي الأَخرَسِ دُونَ المُعتَقَل لسَانُهُ. حَتَّى لو امتَدَّ ذَلكَ وَصَارَت لهُ إِشَارَاتٌ مَعلُومَةٌ قَالُوا هُوَ بِمَنزِلةِ الأَخرَسِ، وَلأَنَّ التَّفرِيطَ جَاءَ مِن قِبَلهِ حَيثُ أَخَّرَ الوَصِيَّةَ إِلى هَذَا الوَقتِ، أَمَّا الأَخرَسُ فَلا تَفرِيطَ مِنهُ، وَلأَنَّ العَارِضِيَّ عَلى شَرَفِ الزَّوَال دُونَ الأَصليِّ فَلا يَنقَاسَانِ، وَفِي الآبِدَةِ عَرَفنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَال (وَإِذَا كَانَ الأَخرَسُ يَكتُبُ كِتَابًا أَو يُومِئُ إِيمَاءً يُعرَفُ بِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ وَطَلاقُهُ وَعَتَاقُهُ وَبَيعُهُ وَشِرَاؤُهُ وَيُقتَصُّ لهُ وَمِنهُ، وَلا يُحَدُّ وَلا يُحَدُّ لهُ) أَمَّا الكِتَابَةُ فَلأَنَّهَا مِمَّن نَأَى بِمَنزِلةِ الخِطَابِ مِمَّن دَنَا؛ أَلا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَدَّى وَاجِبَ التَّبليغِ مَرَّةً بِالعِبَارَةِ وَتَارَةً بِالكِتَابَةِ إِلى الغُيَّبِ[1]، وَالمُجَوِّزُ فِي حَقِّ الغَائِبِ العَجزُ وَهُوَ فِي حَقِّ الأَخرَسِ أَظهَرُ وَأَلزَمُ.

ثُمَّ الكِتَابُ عَلى ثَلاثِ مَرَاتِبَ: مُستَبِينٌ مَرسُومٌ وَهُوَ بِمَنزِلةِ النُّطقِ فِي الغَائِبِ وَالحَاضِرِ عَلى مَا قَالُوا. وَمُستَبِينٌ غَيرُ مَرسُومٍ كَالكِتَابَةِ عَلى الجِدَارِ وَأَورَاقِ الأَشجَارِ، وَيَنوِي فِيهِ لأَنَّهُ بِمَنزِلةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ فَلا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. وَغَيرُ مُستَبِينٍ كَالكِتَابَةِ عَلى الهَوَاءِ وَالمَاءِ، وَهُوَ بِمَنزِلةِ كَلامٍ غَيرِ مَسمُوعٍ فَلا يَثبُتُ بِهِ الحُكمُ.

---

(١) أخرجه البخاري في بدء الوحي باب ٦ (حديث ٧)، وأخرجه في مواضع أخرى من كتابه مختصرا ومطولا (الأحاديث: ٥١، ٢٦٨١، ٢٨٠٤، ٢٩٤١، ٢٩٧٨، ٣١٧٤، ٤٥٥٣، ٥٩٨٠، ٦٢٦٠، ٧١٩٦، ٧٥٤١)، ومسلم في الجهاد (حديث ٧٣)، وأحمد في المسند (١٢٦٣١).

وَأَمَّا الإِشَارَةُ فَجُعِلت حُجَّةً فِي حقِّ الأَخرَسِ فِي حقِّ هَذِهِ الأحكَامِ للحَاجَةِ إلى ذَلكَ لأَنَّهَا مِن حُقُوقِ العِبَادِ وَلا تَختَصُّ بِلفظٍ دُونَ لفظٍ، وَقَد تَثبُتُ بِدُونِ اللَّفظِ. وَالقِصَاصُ حَقُّ العَبدِ أَيضًا، وَلا حَاجَةَ إلى الحُدُودِ لأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالى، وَلأَنَّهَا تَندَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا للقَاذِفِ فَلا يُحَدُّ للشُّبهَةِ، وَلا يُحَدُّ أَيضًا بِالإِشَارَةِ فِي القَذفِ لانعِدَامِ القَذفِ صَرِيحًا وَهُوَ الشَّرطُ.

ثُمَّ الفَرقُ بَينَ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ أَنَّ الحَدَّ لا يَثبُتُ بِبَيَانٍ فِيهِ شُبهَةٌ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُم لو شَهِدُوا بِالوَطءِ الحَرَامِ أَو أَقَرَّ بِالوَطءِ الحَرَامِ لا يَجِبُ الحَدُّ، وَلو شَهِدُوا بِالقَتلِ المُطلقِ أَو أَقَرَّ بِمُطلقِ القَتلِ يَجِبُ القِصَاصُ وَإِن لم يُوجَد لفظُ التَّعَمُّدِ، وَهَذَا لأَنَّ القِصَاصَ فِيهِ مَعنَى العِوَضِيَّةِ لأَنَّهُ شُرِعَ جَابِرًا فَجَازَ أَن يَثبُتَ مَعَ الشُّبهَةِ كَسَائِرِ المُعَاوَضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ العَبدِ.

أَمَّا الحُدُودُ الخَالصَةُ للَّهِ تَعَالى فَشُرِعَت زَوَاجِرَ وَليسَ فِيهَا مَعنَى العِوَضِيَّةِ فَلا تَثبُتُ مَعَ الشُّبهَةِ لعَدَمِ الحَاجَةِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقرَارِ أَنَّ الكِتَابَ مِن الغَائِبِ ليسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَليهِ، وَيُحتَمَلُ أَن يَكُونَ الجَوَابُ هُنَا كَذَلكَ فَيَكُونُ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ، وَيُحتَمَلُ أَن يَكُونَ مُفَارِقًا لذَلكَ لأَنَّهُ يُمكِنُ الوُصُولُ إلى نُطقِ الغَائِبِ فِي الجُملَةِ لقِيَامِ أَهليَّةِ النُّطقِ، وَلا كَذَلكَ الأَخرَسُ لتَعَذُّرِ الوُصُولِ إلى النُّطقِ للآفَةِ المَانِعَةِ.

وَدَلَّت المَسأَلةُ عَلى أَنَّ الإِشَارَةَ مُعتَبَرَةٌ وَإِن كَانَ قَادِرًا عَلى الكِتَابَةِ، بِخِلافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعضُ أَصحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَنَّهُ لا تُعتَبَرُ الإِشَارَةُ مَعَ القُدرَةِ عَلى الكِتَابَةِ. لأَنَّهُ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلا ضَرُورَةَ لأَنَّهُ جَمَعَ هَاهُنَا بَينَهُمَا فَقَال: أَشَارَ أَو كَتَبَ، وَإِنَّمَا استَوَيَا لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ لم يُوجَد فِي الإِشَارَةِ، وَفِي الإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لم يُوجَد فِي الكِتَابِ لمَا أَنَّهُ أَقرَبُ إلى النُّطقِ مِن آثَارِ الأَقلامِ فَاستَوَيَا (وَكَذَلكَ الَّذِي صَمَتَ يَومًا أَو يَومَينِ لعَارِضٍ) لمَا بَيَّنَّا فِي المُعتَقَل لسَانُهُ أَنَّ آلةَ النُّطقِ قَائِمَةٌ، وَقِيل هَذَا تَفسِيرٌ لمُعتَقَل اللِّسَانِ.

الشرح:

(**مَسَائِلُ شَتَّى**): قَدْ ذَكَرْنَا قَبْل هَذَا أَنَّ ذِكْرَ مَسَائِل شَتَّى أَوْ مَسَائِل مَنْثُورَة أَوْ مَسَائِل مُتَفَرِّقَة مِنْ دَأْبِ المُصَنِّفِينَ لتَدَارُكِ مَا لَمْ يُذْكَرْ فِيمَا كَانَ يَحِقُّ ذِكْرُهُ فِيه. قَوْلُهُ (فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذَلكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ) يُشيرُ إلى أَنَّ مَا يَجِيءُ مِنَ الأَخْرَسِ وَمُعْتَقَل اللِّسَانِ عَلَى نَوْعَيْنِ: أَحَدهمَا: مَا يَكُونُ ذَلكَ مِنْهُ دَلالَةَ الإِنْكَارِ مِثْل أَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ عَرْضًا. وَالثَّاني: مَا يَكُونُ مِنْهُ دَلالَةُ الإِقْرَارِ بِأَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ طُولا إذَا كَانَ مِنْهُ مَعْهُودًا فِي نَعَمْ.

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ ذَلكَ فِي الَّذي يُعْتَقَلُ لسَانُهُ) عَلى بِنَاءِ المَفْعُول يُقَالُ اُعْتُقِل لِسَانُهُ بِضَمِّ التَّاءِ: إذَا حُبِسَ عَنْ الكَلامِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْه. وَقَوْلُهُ (حَتَّى لوْ امْتَدَّ) أَرَادَ بِهِ سَنَةً كَذَا ذَكَرَهُ التُّمُرْتَاشِيُّ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَال: إنْ دَامَتْ العُقْلَةُ إلى وَقْتِ مَوْتِه يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِالإِشَارَةِ، وَيَجُوزُ الإِشْهَادُ عَلَيْه بِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ النُّطْقِ بِمَعْنَى لا يُرْجَى زَوَالُهُ فَكَانَ كَالأَخْرَسِ. قَالُوا: وَعَلَيْه الفَتْوَى.

وَقَوْلُهُ (وَفِي الآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ) وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ «أَنَّ بَعيرًا مِنْ إبِل الصَّدَقَاتِ نَدَّ فَرَمَاهُ رَجُلٌ وَسَمَّى فَقَتَلهُ، فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **إنَّ لهَا أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الوَحْشِ، فَإِذَا فَعَلتْ شَيْئًا مِنْ ذَلكَ فَافْعَلُوا بِهَا كَمَا فَعَلتُمْ بِهَذَا ثُمَّ كُلُوهُ**» وَقَوْلُهُ (وَلا يُحَدُّ) أَيْ **الأَخْرَسُ إذَا قَذَفَ بِالإِشَارَةِ أَوْ الكِتَابَةِ** (وَلا يُحَدُّ لهُ) إذَا كَانَ مَقْذُوفًا.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيْ العَجْزُ (فِي حَقِّ الأَخْرَسِ أَظْهَرُ مِنْهُ فِي حَقِّ الغَائِبِ)؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَال الغَائِبِ الحُضُورُ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَال الأَخْرَسِ عَدَمُ زَوَال خَرَسِه. فَلمَّا قُبِل الكِتَابُ فِي حَقِّ الغَائِبِ فِي ثُبُوتِ الأَحْكَام مَعَ رَجَاءِ الحُضُورِ، فَلأَنْ يُقْبَل فِي حَقِّ الأَخْرَسِ مَعَ اليَأْسِ عَنْ زَوَال الخَرَسِ أَوْلى. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الكِتَابُ عَلى ثَلاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ) احْتِرَازٌ عَنْ غَيْرِ المُسْتَبِين وَهُوَ الكِتَابُ عَلى الهَوَاءِ، وَإِمَّا مَرْسُومٌ: أَيْ مُعَنْوَنٌ: أَيْ مُصَدَّرٌ بِالعُنْوَانِ وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ فِي صَدْرِهِ مِنْ فُلانٍ إلى فُلانٍ، وَبِمَا ذَكَرْنَا عُلِمَ

الأَقْسَامُ الثَّلاثَةُ وَالحُكْمُ فِي كُلٍّ مِنْهَا مَا ذَكَرَهُ.

وَقَوْلُهُ (وَيُنْوَى فِيهِ) أَيْ يُطْلَبُ مِنْهُ النِّيَّةُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ) أَيْ: الكِتَابَةِ القَوْلِيَّةِ كَقَوْلِهِ أَنْتِ بَائِنٌ وَأَمْثَالِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ) فَإِنَّهُ كَمَا يَثْبُتُ بِالعَرَبِيِّ يَثْبُتُ بِغَيْرِهِ (وَقَدْ تَثْبُتُ بِغَيْرِ لَفْظٍ) أَيْ: بِفِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى القَوْلِ كَالتَّعَاطِي. وَقَوْلُهُ (وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ) أَيْ: لا يَكُونُ حُجَّةً (فَيَكُونُ فِيهِمَا) أَيْ: فِي الأَخْرَسِ وَالغَائِبِ الغَيْرِ الأَخْرَسِ رِوَايَتَانِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ: الإِشَارَةَ عَلَى تَأْوِيلِ المَذْكُورِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ مُحَمَّدًا (جَمَعَ هُنَا) أَيْ: فِي الكِتَابِ (بَيْنَهُمَا) بِقَوْلِهِ يَكْتُبُ كِتَابًا أَوْ يُومِئُ إِيمَاءً. وَقَوْلُهُ (وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ تُوجَدْ فِي الإِشَارَةِ)؛ لأَنَّ فَضْلَ البَيَانِ فِي الكِتَابَةِ مَعْلُومٌ حِسًّا وَعِيَانًا حَيْثُ يُفْهَمُ مِنْهُ المَقْصُودُ بِلا شُبْهَةٍ، بِخِلافِ الإِشَارَةِ فَإِنَّ فِيهَا نَوْعَ إِبْهَامٍ.

(وَفِي الإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ تُوجَدْ فِي الكِتَابَةِ؛ لأَنَّهُ) أَيْ: الإِشَارَةَ (أَقْرَبُ إِلَى النُّطْقِ مِنْ آثَارِ الأَقْلامِ)؛ لأَنَّ العِلْمَ بِالكِتَابَةِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِآثَارِ الأَقْلامِ وَهِيَ مُنْفَصِلَةٌ عَنْ آثَارِ المُتَكَلِّمِ. وَأَمَّا العِلْمُ الحَاصِلُ بِالإِشَارَةِ فَحَاصِلٌ بِمَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِالمُتَكَلِّمِ وَهُوَ إِشَارَتُهُ بِيَدِهِ أَوْ رَأْسِهِ، وَالمُتَّصِلُ بِالمُتَكَلِّمِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ المُنْفَصِلِ عَنْهُ فَكَانَ أَوْلَى بِالاعْتِبَارِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ) عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ: أَيْ: لا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِأَنْ أَوْمَأَ بِرَأْسِهِ أَيْ: نَعَمْ أَوْ كَتَبَ.

قَال (وَإِذَا كَانَت الغَنَمُ مَذبُوحَةً وَفِيهَا مَيتَةٌ فَإِن كَانَت المَذبُوحَةُ أَكثَرَ تَحَرَّى فِيهَا وَأَكَل، وَإِن كَانَت المَيتَةُ أَكثَرَ أَو كَانَا نِصفَينِ لم يَأكُل) وَهَذَا إِذَا كَانَت الحَالَةُ حَالَةَ الاختِيَارِ. أَمَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ يَحِلُّ لهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ. لأَنَّ المَيتَةَ المُتَيَقَّنَةَ تَحِلُّ لهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي تَحتَمِلُ أَن تَكُونَ ذَكِيَّةً أَولى، غَيرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّى لأَنَّهُ طَرِيقٌ يُوَصِّلُهُ إِلى الذَّكِيَّةِ فِي الجُملَةِ فَلا يَترُكُهُ من غَيرِ ضَرُورَةٍ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ الأَكلُ فِي حَالَةِ الاختِيَارِ وَإِن كَانَت المَذبُوحَةُ أَكثَرَ لأَنَّ

التَّحَرِّي دَليلٌ ضَرُورِيٌّ فَلا يُصَارُ إليهِ مِن غَيرِ ضَرُورَةٍ، وَلا ضَرُورَةَ لأَنَّ الحَالَةَ حَالَةُ الاختِيَارِ. وَلنَا أَنَّ الغَلَبَةَ تَنزِلُ مَنزِلَةَ الضَّرُورَةِ فِي إفَادَةِ الإِبَاحَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ أَسوَاقَ المُسلمِينَ لا تَخلُو عَن المُحَرَّمِ المَسرُوقِ وَالمَغصُوبِ وَمَعَ ذَلكَ يُبَاحُ التَّنَاوُلُ اعتِمَادًا عَلى الغَالبِ، وَهَذَا لأَنَّ القَليل لا يُمكِنُ الاحتِرَازُ عَنهُ وَلا يُستَطَاعُ الامتِنَاعُ مِنهُ فَسَقَطَ اعتِبَارُهُ دَفعًا للحَرَجِ كَقَليل النَّجَاسَةِ وَقَليل الانكِشَافِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَا نِصفَينِ أَو كَانَت المَيتَةُ أَغلبَ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَاللَّهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ، وَإليهِ المَرجِعُ وَالمَآبُ.



فهرس المحتويات